

RECHERCHES SUR L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 27 juin 1957

par

PAUL LAGARDE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

MEMBRES DU JURY :

Président : M. BATIFFOL, Professeur.

Suffragants : } M. DAVID, Professeur.
 } M. H. MAZEAUD, Professeur.

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

—
1959



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551513_0082

RECHERCHES SUR L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 27 juin 1957

par

PAUL LAGARDE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

MEMBRES DU JURY :

Président : M. BATIFFOL, Professeur.

Suffragants : } M. DAVID, Professeur.
 } M. H. MAZEAUD, Professeur.

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

—
1959



*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Clunet	Journal de droit international privé (Clunet).
D.	Dalloz.
D.S.	Dalloz et Sirey.
E.G.B.G.B. .	Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch.
Gaz. Pal. ...	Gazette du Palais.
J.C.P.	Semaine Juridique.
Nouv. Revue	Nouvelle Revue de droit international privé.
Revue	1. Jusqu'à 1934, Revue de droit international privé. 2. De 1934 à 1948, Revue critique de droit international. 3. Depuis 1948, Revue critique de droit international privé.
Rec. off. t. .	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral Suisse, suivi du numéro du tome.
Rev. D.I. et lég. comp.	Revue de droit international et de législation comparée.
R.G.Z.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rev. hell. de dr. int. ..	Revue hellénique de droit international.
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé.
S.	Sirey.
Zeitsch. für ausl. u. int. Pr.	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.

INTRODUCTION

In his quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris.

JULIEN.

Die meisten versuchen immer von neuem den Sisyphusstein des ordre public in die Höhe zu wälzen. Einmal muss er jedoch wohl liegen bleiben, kann nicht immer wieder herunterrollen.

KAHN.

1. — L'ordre public est une des expressions les plus utilisées de la langue juridique française de droit public comme de droit privé. Il joue son rôle dans toutes les disciplines, qu'elles aient pour objet de fixer des règles matérielles immédiatement applicables aux problèmes concrets (droit administratif, droit civil ou droit commercial), de donner aux plaideurs le moyen de faire respecter leurs droits en justice (droits judiciaires), ou simplement de désigner les règles applicables à une espèce donnée (droit international privé et droit des conflits de lois dans le temps).

Dans ce vaste domaine, à travers des missions très diverses et des réalités très variables, l'ordre public, et ceci est très remarquable, intervient toujours techniquement de la même façon; *il justifie une dérogation à des règles établies*. Si, en principe, les atteintes à la liberté individuelle sont interdites à l'autorité administrative, les nécessités de l'ordre public peuvent éventuellement lever cette interdiction. Le Conseil d'Etat n'a-t-il pas déclaré « que pendant la période de guerre où les intérêts de la Défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande..., il appartient au juge de tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de

temps et de lieu... » (1) S'il est de principe qu'en matière civile le ministère public n'intervient pas comme partie principale au procès, la règle est inversée dans les cas où l'ordre public est principalement et directement intéressé (2). De même encore, l'autonomie de la volonté, en principe souveraine en matière contractuelle, trouve sa limite dans la notion d'ordre public et de bonnes mœurs (art. 6, C. civ.). Enfin le droit des conflits de lois, que ce soit dans l'espace ou dans le temps, connaît aussi cette notion perturbatrice; l'ordre public fait échec au règlement normal du conflit de lois. Au lieu de laisser la loi ancienne régler les successions ouvertes avant la loi nouvelle, on peut, pour des raisons d'ordre public, décider que la loi nouvelle régira les successions ouvertes avant sa promulgation (décret du 17 nivôse, an II). Dans le même esprit, en France, avant 1884, on refusait de prononcer le divorce d'étrangers, même quand la loi nationale applicable à ces derniers connaissait cette institution.

2. — C'est précisément en droit international privé que nous nous proposons d'étudier le rôle technique de la notion d'ordre public. C'est en ce domaine que l'originalité des difficultés qu'elle soulève est apparue le plus nettement, ainsi qu'en témoignent les nombreux travaux qui lui sont consacrés.

Cependant, malgré le retentissement considérable de certains d'entre eux, et en dépit des conquêtes définitives qui ont été marquées, nous pensons qu'un très large champ de controverses subsiste encore, et que leur source se trouve dans la présentation particulièrement complexe du problème en droit international privé.

Lorsqu'en droit interne un juge est saisi d'un contrat illicite, il annule le contrat (pacte sur succession future par exemple), et, si la disposition impérative violée était de nature positive, il le remplace par cette dernière (bail rural inférieur à neuf ans). Le phénomène s'analyse simplement en une comparaison, suivie d'un choix, entre deux dispositions matérielles. Un souci général de sécurité, le sentiment qu'il existe des choses qui se font et d'autres qui ne se font pas, que le juge peut donner sa caution à certaines solutions mais doit la refuser à d'autres, sont à la base de cette comparaison et de ce choix.

Il n'est pas faux de décrire de cette façon le phénomène de l'ordre public en droit international privé. C'est encore au terme d'une comparaison entre une loi étrangère jugée choquante et une

(1) Conseil d'Etat, 28 fév. 1919, *Dol et Laurent*, S. 1919.III.33, note *HAURIOU*.

(2) Civ. 1^{re}, 29 mars 1955, *D.* 1955.429.

loi interne estimée meilleurs que la seconde aura le pas sur la première. Et cette préférence lui sera accordée pour les mêmes motifs de sécurité et de convenance. Mais on peut aussi faire intervenir dans l'analyse un autre élément, la règle de conflit, qui avait précisément exclu la compétence de la loi du for au profit de la loi étrangère, elle-même condamnée par le mécanisme de l'ordre public. Au terme de cette analyse on ne peut plus dire que l'ordre public en droit international privé nous met en présence de deux dispositions matérielles, la loi du for et la loi étrangère, entre lesquelles il faut choisir, puisque la première de ces lois a déjà été écartée par la règle de conflit; on est obligé de présenter la question en disant que l'ordre public s'analyse ici en une exception à la règle de conflit.

C'est dans cette dualité d'optiques que réside la complexité du problème de l'ordre public en droit international privé. D'une part c'est à la suite d'une comparaison entre la loi du for et la loi étrangère que le juge écartera la seconde au nom de l'ordre public. D'autre part, il semble que cette comparaison soit logiquement impossible puisque l'un des termes de celle-ci, la loi du for, a été préalablement écarté par la règle de conflit et qu'on ne voit pas comment le réintroduire dans le raisonnement. D'une part, ce sont des raisons de fond (immoralité, caractère antisocial) qui le plus souvent font écarter la loi étrangère; d'autre part, cette éviction de la loi étrangère se matérialise par l'inefficacité du mécanisme technique par lequel cette loi étrangère était désignée.

3. — Ces deux aspects semblent hétéroclites. Comment un mécanisme purement technique peut-il être paralysé par des considérations tirées du fond du droit, considérations qui ne peuvent apparaître que lorsque cette technique a joué? Les deux éléments ne se situent pas sur le même plan logique, et c'est ce décalage qui explique l'éternelle tentation de la doctrine de n'envisager le problème de l'ordre public en droit international privé que sous un seul de ces deux aspects.

Ce qui a frappé les auteurs qui se sont les premiers penchés sur cette question, c'est l'impérative nécessité d'appliquer à tout litige certaines règles matérielles du for, dites d'ordre public, qu'ils considéraient comme essentielles. Sous cet angle, ils ne pouvaient donc envisager que l'aspect fond du droit, sans chercher à imbriquer l'ordre public dans le mécanisme technique de la règle de conflit, puisque ces règles du for auxquelles ils songeaient devaient recevoir dans tous les cas application, étant, par elles-mêmes, nécessairement et normalement compétentes. Le véritable

problème était donc pour eux de rechercher quelle était cette catégorie de lois internes d'ordre public dotées de cette force internationale absolue. C'est ainsi que les auteurs personnalistes de l'école de Mancini ont approché le problème de l'ordre public en droit international privé.

Ils se sont assez rapidement attiré les foudres d'une autre école plus réaliste, qu'on peut rattacher à Savigny et dont les principaux représentants furent Kahn en Allemagne et Bartin en France; ces derniers auteurs partent du point de vue opposé : tandis que les premiers recherchaient immédiatement la finalité poursuivie par le droit du for dans la mise en jeu de l'ordre public international, les seconds se sont attachés à l'analyse du mécanisme par lequel il intervenait. Il est absurde, disent-ils, de vouloir appliquer immédiatement la loi matérielle du for, puisque la règle de conflit du for lui a précisément retiré sa compétence; le premier point certain, c'est que la loi étrangère est compétente; si cependant on applique la loi du for, le phénomène ne peut s'expliquer que par une exception, une dérogation à la règle de conflit. Dans quelle direction doivent alors s'orienter les recherches destinées à résoudre le problème ? Sur ce point cette dernière école se divise. Pour les uns (Bartín), le problème est insoluble : on ne peut en effet partir de considérations tirées du fond du droit matériel, car les dispositions du for que l'on pourrait considérer comme essentielles prennent ou dépouillent ce caractère suivant les hypothèses, et sans qu'on puisse dire pourquoi. Pour les autres (Kahn), il faut maintenir le raisonnement dans la même ligne : l'ordre public a pour résultat d'apporter une exception à la règle de conflit. La fausseté du raisonnement des personnalistes est qu'il revient en somme à dire qu'une disposition matérielle (loi du for) se substitue à une disposition indirecte (la règle de conflit), ce qui est assimiler des dispositions de nature différentes. En réalité, le phénomène doit s'analyser de la façon suivante : si la règle de conflit normale est écartée par l'ordre public, c'est qu'une règle de conflit anormale lui est substituée. Tout le problème de l'ordre public est donc de rechercher ce que sont ces règles de conflit anormales, subsidiaires, et quels sont les rattachements qui vont déterminer leur intervention.

4. — On comprend que rien ne pouvait rapprocher ces deux écoles, et que leur dialogue était un dialogue de sourds. Par là même aucune des deux ne pouvait prétendre épuiser le sujet : la première refusait de voir que le phénomène s'insérait dans un cadre où la règle de conflit devait trouver son application; la

seconde ne tenait pas compte des nécessités de fond qui commandaient l'exception qu'ils analysaient.

C'est précisément de ces deux impasses qu'il faut essayer de sortir, et, pour cela, il est indispensable de rapprocher les deux analyses qui se sont opposées jusqu'ici dans la doctrine, en prenant ce que chacune d'entre elles offre de moins contestable. Or si l'on soumet à l'épreuve d'un doute systématique toutes les propositions avancées par la doctrine personnaliste, on ne peut rien en retirer qui puisse former la base d'un raisonnement sûr. S'il apparaît que très souvent le fondement de l'ordre public consiste en ce qu'une loi étrangère ne peut déroger à certaines lois fondamentales du for qui doivent toujours recevoir application, il arrive qu'il n'en soit pas ainsi : l'on montrera que ces lois fondamentales sont écartées en certaines hypothèses; cette remarque ne signifie pas que le contenu de cette doctrine soit radicalement faux; elle montre seulement que sa formule n'est pas exhaustive.

Au contraire, la base sur laquelle s'appuie l'autre doctrine est irrécusable : c'est un fait indéniable que toutes les fois que l'ordre public intervient en droit international privé, il fait échec à la règle de conflit du for : on refuse en effet de tenir compte de la loi étrangère, et par là même de la règle de conflit qui l'avait désignée. C'est là le fait premier sur lequel peut se construire une théorie de l'ordre public dans les conflits de lois. Cette constatation de première importance permet de limiter les hypothèses qui doivent être envisagées et de déterminer avec précision le champ clos dans lequel pourra se produire le phénomène dont on recherche l'explication. S'il est vrai que l'ordre public a toujours pour effet de faire échec à la règle de conflit du for, il faut en conclure que le phénomène ne pourra être observé que lorsque cette règle de conflit du for aura l'occasion de fonctionner. Encore faut-il, et c'est une deuxième conséquence de la première constatation, que cette règle de conflit ait donné compétence à la loi étrangère. Ces deux conséquences s'expriment sous une forme très banale, mais elles sont assez riches de sens pour expliquer pourquoi l'ordre public n'intervient pas en des hypothèses où pourtant l'on s'attendait à le voir apparaître. En effet, contre toute logique apparente, les tribunaux français reconnaissaient l'effet en France d'un jugement étranger ayant prononcé judiciairement une paternité naturelle en un temps où pareille procédure était interdite en France même à des étrangers. Ainsi, suivant les circonstances, les lois étrangères autorisant la recherche de paternité naturelle étaient considérées comme conformes ou contraires

à l'ordre public français. Des constructions doctrinales s'étaient greffées de l'extérieur sur la théorie générale de l'ordre public pour chercher à expliquer cette jurisprudence. Elles n'avaient pas satisfait les esprits les plus rigoureux qui se fondaient justement sur ces décisions pour opposer une fin de non-recevoir à la thèse personnaliste selon laquelle certaines lois du for devaient toujours recevoir application. Peut-être auraient-ils pu surmonter cette objection en approfondissant davantage l'idée qu'ils avaient eux-mêmes dégagée, et en montrant que si l'ordre public n'intervenait pas, c'est que la règle de conflit française n'avait pas fonctionné.

Ces premières formules ont sans doute l'avantage de circoncrire le problème et de le clarifier. Mais à l'intérieur de ces limites il reste entier, et doit être repris dans son ensemble.

5. — A ce stade, lorsqu'on a posé comme conditions à l'intervention de l'ordre public le fonctionnement de la règle de conflit du for et la désignation par celle-ci d'une loi matérielle étrangère, le risque réapparaît de s'enfermer dans une des deux directions que l'on a précédemment opposées. On peut être tenté de revenir à la seule considération de la loi matérielle du for pour préciser jusqu'où celle-ci doit s'appliquer : on peut en effet croire que l'on a alors trouvé la conciliation entre les deux aspects, technique et concret, du problème ; d'une part, le phénomène s'analyse en une exception aux règles de conflit du for ; d'autre part, cette exception est toujours commandée par un impératif de la loi du for et d'elle seule. Mais s'il en est ainsi, à quoi bon avoir pris soin de limiter le phénomène aux hypothèses dans lesquelles la règle de conflit du for a donné compétence à la loi étrangère, dès lors qu'on ne tient aucun compte de cette loi étrangère ? La logique perd ses droits si, à partir du moment où l'on a introduit dans le raisonnement la loi étrangère, on se refuse subitement à raisonner sur elle.

On peut aussi refuser de tenir compte des prétendus impératifs de la loi du for, et chercher uniquement à définir un droit de conflit subsidiaire qui se substituerait au droit de conflit normal ; mais pourquoi refuser de prendre en considération la loi du for, alors que le bon sens y incite, et que les arguments juridiques qu'on y opposait (dans certains cas l'ordre public intervient pour protéger une loi fondamentale du for, et dans d'autres cas il n'intervient pas), se trouvent résorbés à ce stade du raisonnement ? Comment d'autre part justifier ce passage du droit de conflit normal au droit de conflit subsidiaire, sinon par des considérations tirées de la loi matérielle du for ?

Il faudra donc nécessairement composer avec ces deux tendances. La question de savoir laquelle des deux sera prépondérante n'est pas purement théorique. En effet, si l'on considère que l'ordre public est déterminé par des considérations tirées de la seule loi matérielle du for, on doit déclarer que seule la loi du for est apte à remplacer la loi étrangère. On doit aussi décider de ne jamais tenir compte des solutions rendues à l'étranger sur la base de l'ordre public. Il n'en est pas nécessairement ainsi si l'on se place dans l'autre optique analysée. Par conséquent, les effets de l'ordre public dépendent étroitement de la technique utilisée.

6. — La conciliation à laquelle on aboutira doit permettre de trouver une formule générale dont il faut souhaiter qu'elle soit suffisamment précise pour éliminer en chaque hypothèse les inconnues du problème. Mais il ne faut pas espérer établir une liste exhaustive et certaine des cas dans lesquels la loi étrangère est contraire à l'ordre public car ce résultat dépend en définitive autant de cette loi étrangère, inconnue, que de la loi du for et des circonstances de la cause. Chercher à établir une semblable liste serait commettre une très grave erreur : celle de faire passer dans la formule le contenu de la notion. En effet, la question à laquelle on doit répondre est celle de savoir en quoi consiste une situation dans laquelle l'ordre public doit intervenir, et non pas celle de savoir quelles sont ces situations dans lesquelles il intervient. C'est de cette seule façon que le problème doit être posé, et cela pour deux raisons essentielles, l'une pratique et l'autre théorique.

La première raison est que la formule recherchée doit rendre compte de solutions jurisprudentielles et non de solutions légales. Or, si l'on ne peut concevoir de loi que dans le cadre d'une certaine durée, si la notion même de loi implique celle de stabilité dans le temps (3), il n'en est pas de même de la solution jurisprudentielle, élaborée pour une espèce déterminée, et sensible aux idées du moment et aux variations constantes de l'opinion. Il est par conséquent probable qu'une proposition qui indiquerait de façon suffisamment précise le contenu de cette notion d'ordre public risquerait d'être vite dépassée, et de perdre ainsi son caractère de généralité.

La seconde raison est que l'établissement d'une semblable formule est une tâche qui dépasse considérablement le rôle du juriste. Ce dernier n'est ni un moraliste ni un philosophe, mais

(3) V. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, chap. I^{er}

davantage un technicien. Or l'ordre public, bien souvent, intervient pour des raisons morales, philosophiques ou politiques au sens large de ce mot. S'il appartient sans aucun doute au juriste de rechercher en quoi certaines conceptions morales ou politiques données influent, ou peuvent influencer sur le droit positif, ce n'est sûrement pas à lui de déterminer quelles sont les conceptions morales ou politiques qui doivent exercer cette influence. La formule que l'on retiendra ne sera donc applicable que dans la mesure où seront connues ces conceptions morales et politiques du moment, dont on prétend qu'elles conditionnent le fonctionnement de l'ordre public en droit international privé. En quelque sorte, on arrive à cette conclusion que le contenu de la notion d'ordre public ne fait pas partie de la définition juridique de celle-ci. Curieuse et séduisante notion que celle qui échappe ainsi au mode classique de l'analyse.

7. — Le plan qui sera suivi résulte des explications qui précèdent. Dans un Titre 1^{er}, il faudra définir les conditions externes de fonctionnement de l'ordre public, sans la réunion desquelles le phénomène ne se produit pas, c'est-à-dire, comme on l'a indiqué, le fonctionnement de la règle de conflit du for, et la désignation de la loi étrangère. Ces deux points feront l'objet de deux chapitres. Ensuite, dans un Titre II, seront recherchées les conditions internes de fonctionnement de l'ordre public. A l'intérieur du cadre fixé par le Titre 1^{er}, on se demandera quelles sont les composantes de ce phénomène. Afin d'éviter de tomber, ne fût-ce qu'à ce second degré, dans les erreurs des personnalistes, on insistera sur la nécessité pour le juge qui fait application de l'ordre public international de prendre en considération et d'examiner avec soin la loi étrangère et les circonstances concrètes dans lesquelles elle est appliquée. On verra ensuite comment cette loi étrangère peut être rapprochée de la loi du for et comment il faut entendre et poser la comparaison entre ces deux lois, ce qui permettra de préciser le fondement et les caractères de la notion étudiée. Enfin, dans un Titre III, on précisera les effets de l'ordre public en droit international privé.

TITRE PREMIER

Les conditions externes
de l'ordre public

CHAPITRE PREMIER

LE FONCTIONNEMENT NECESSAIRE DE LA REGLE DE CONFLIT DU FOR

8. — Il peut paraître étonnant d'insister sur cette condition au point d'en faire un chapitre indépendant. Depuis *Bartin*, la doctrine dominante présente le phénomène de l'ordre public comme étant la réaction des conceptions fondamentales de la loi du for à l'encontre d'une loi étrangère par trop différente. Le tout premier maillon du raisonnement est évidemment la désignation par la loi de conflit du for de cette loi étrangère qui nous heurte et par là même le fonctionnement de la règle de conflit du for. C'est là une condition si élémentairement claire que les auteurs ne jugent pas utile de la formuler, ou s'ils le font, c'est du bout des lèvres, avant de passer au problème qu'ils estiment plus central de la comparaison entre la loi étrangère et la loi du for. Nous pensons qu'au préalable s'impose la comparaison entre les cas où joue l'ordre public et les cas où il ne joue pas, entre les cas où se produit le phénomène que nous avons décrit, et les cas où il ne se produit pas.

Dans cette recherche, il faut éliminer une première série d'hypothèses où le « mélange » n'explose pas, car il n'est pas « détonnant ». Il s'agit de la majorité des procès de droit international privé qui conduisent le juge à appliquer scrupuleusement

une loi étrangère parfaitement adaptée à l'espèce à trancher et où aucun problème ne se pose, ou, en tout cas, si un problème s'est posé, il a été résolu en faveur de la loi étrangère. Bien plus troublantes sont les hypothèses qui nous mettent en présence d'une loi étrangère, qui, de façon certaine et indiscutable, est contraire à l'ordre public du for; prenons l'exemple de la loi allemande qui permet le divorce pour aliénation mentale de l'un des conjoints. Une telle disposition nous choque. Si un Allemand domicilié en Allemagne demande en France le divorce pour cette raison, il est universellement admis que son action sera rejetée, la loi qu'il invoque étant considérée comme contraire à notre ordre public. Mais si cet Allemand, régulièrement divorcé par le tribunal de Mayence, demande à se remarier en France, les tribunaux français ne feront plus jouer l'ordre public contre la loi selon laquelle a été prononcé le divorce et admettront le remariage. Nous sommes donc en présence d'une loi, qui, suivant les cas, va se trouver écartée, ou entérinée par le juge français; le facteur déterminant n'est pas le contenu de cette loi étrangère, car c'est toujours de la même loi qu'il s'agit. Ce n'est pas non plus le phénomène classique de l'actualité de l'ordre public (1), car, le même jour, le même tribunal peut, s'il en a l'occasion, adopter les deux attitudes signalées à propos de la même loi étrangère. Tout ce qu'on peut dire, après un examen superficiel c'est que, parfois, l'ordre public joue, et que parfois il ne joue pas. Devant une telle situation, le bon sens nous oblige à faire la constatation suivante : si le juge n'écarte pas une loi étrangère qui est cependant contraire à son ordre public, c'est qu'il n'en a pas le pouvoir, *les conditions du phénomène n'étant pas réunies*.

9. — Au point de vue de la méthode, ce dernier point est très précieux. En nous faisant aborder dès maintenant l'étude de cette condition, il va nous permettre de débarrasser les chapitres qui suivront d'un certain nombre d'équivoques entretenues par la doctrine française qui voyait à tort dans le problème que nous évoquons un problème relatif aux effets de l'ordre public. Mais comme cette doctrine a, au moins en apparence, eu une influence certaine sur la jurisprudence, il nous faudra l'étudier en détail avant de la réfuter (Section I). Ensuite nous suivrons la doctrine allemande dans ses efforts de solution du même problème. Nous constaterons des progrès par rapport à la doctrine française, mais, là encore, c'est à un échec de cette doctrine qu'il nous faudra

(1) Voir *infra*, n^{os} 163 et suiv.

conclure (Section II). C'est seulement après avoir écarté ces doctrines que nous nous risquons à replacer le problème sur ce que nous pensons être son véritable terrain, et à proposer la solution qui nous paraît être la bonne (Section III).

SECTION I

LA DOCTRINE FRANÇAISE DE L'EFFET ATTÉNUÉ DE L'ORDRE PUBLIC OU DU RESPECT DES DROITS ACQUIS A L'ÉTRANGER

10. — Nous étudierons d'abord la thèse, puis nous en ferons la critique.

§ 1. — La Thèse.

11. — Nous venons de mettre en relief que l'erreur de la doctrine française était de s'être placée sur le terrain des effets de l'ordre public pour expliquer que dans certains cas le phénomène ne se produisait pas. Oublions cela pour quelque temps, et laissons cette doctrine se présenter à nous telle qu'en elle-même enfin les arrêts l'ont formée.

L'étude qui va suivre est principalement une étude de jurisprudence (2). Cette jurisprudence porte surtout sur les deux hypothèses suivantes : effet en France d'un divorce prononcé à l'étranger, et effet en France d'une filiation paternelle naturelle établie elle aussi à l'étranger. Depuis la promulgation du Code civil jusqu'à nos jours, deux périodes doivent être distinguées; la coupure est constituée par l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 28 février 1860 (*Bulkley*). Jusqu'à cette décision, l'idée de base des arrêts est le parallélisme à peu près absolu qu'ils établissent entre la solution, alors dominante, des conflits de lois dans le temps (théorie des droits acquis), et la solution qu'ils donnent aux conflits de lois dans l'espace. Si l'ordre public est envisagé, ce n'est pas, comme aujourd'hui, de façon extérieure au conflit, pour en modifier après coup la solution, mais comme le facteur déterminant de cette solution. Il n'y a donc pas un problème spécial de

(2) Cf. HOLLEAUX, « Remarques sur l'évolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions étrangères d'état et de capacité », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1948-1952, pp. 179 et suiv.

l'ordre public à côté du problème de la solution du conflit de lois; au contraire, la solution du conflit absorbe l'ordre public. Dans la seconde période, qui trouve son plein épanouissement dans le célèbre arrêt *Rivière* (3), solution du conflit et ordre public vont se dissocier, et l'équilibre entre les conflits de lois dans l'espace et les conflits de lois dans le temps va se rompre. On conservera les formules anciennes (respect des droits acquis), mais leur sens changera (4). L'ordre public apparaîtra désormais comme une exception à la solution normale du conflit de lois.

12. — 1° DU CODE CIVIL A 1860.

Le problème apparaît avec la loi du 8 mai 1816, qui prohibe le divorce en France de façon absolue. La considération fondamentale qui s'impose aux tribunaux est le caractère d'ordre public de cette loi. Les divergences apparaîtront sur le point de savoir si cet ordre public s'étend aussi au droit international privé. En tout cas, les tribunaux qui admettront cette extension ne feront aucune différence entre le prononcé du divorce entre deux époux étrangers et le remariage en France d'époux étrangers divorcés à l'étranger. Voici comment le problème s'est présenté devant les tribunaux :

Ce sont d'abord les étrangers divorcés dans leur pays avant 1816 qui ont demandé à se remarier en France; les officiers de l'état civil refusant de les marier, ils ont introduit un recours devant les tribunaux. Il était difficile à ces derniers d'interdire à ces personnes de se remarier en France, puisque on le permettait aux Français divorcés avant cette même date (5).

Puis, un peu plus tard, la question a fini par se poser à propos d'étrangers divorcés dans leurs pays après 1816. En général, les tribunaux ont refusé à ces étrangers le droit de se remarier en France (6). Mais, qu'ils le refusent ou qu'ils l'acceptent, ils ne font jamais de distinction entre le cas où le divorce est intervenu à l'étranger, et le cas où il est demandé en France. Les décisions

(3) Cass. civ., 17 avril 1953.

(4) Un tel phénomène n'est sans doute pas sans autres exemples. La doctrine publiciste admet aujourd'hui que lorsque les décisions du Tribunal des conflits ou du Conseil d'Etat reprennent aujourd'hui, mot pour mot, les formules de l'arrêt Blanco de 1873, elles leur donnent un sens tout différent. Voir EISENMANN, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques », J.C.P. 1949.I.742, n° 17.

(5) Nancy, 30 mai 1826, S. 1825-1827.II.233.

(6) Paris, 30 août 1824, S. 1825.II.203; 28 mars 1843, S. 1843.II.566; 4 juill. 1859, S. 1859.II.401.

qui acceptent le remariage (7) transposent au conflit de lois dans l'espace les solutions du conflit de lois dans le temps né à propos de la loi de 1816, et de façon tout à fait normale, ils admettent, en paroles tout au moins, que ces mêmes étrangers pourraient obtenir directement le divorce en France. Il suffit, à cet égard, de rappeler les conclusions de Troplong sous l'arrêt précité; réfutant l'arrêt de la Cour de Paris de 1824, qui avait refusé à une femme divorcée en Angleterre le droit de se remarier en France, l'éminent magistrat ne craignait pas d'affirmer :

« Cet arrêt ne peut faire autorité; il choque les premières règles; il dit que la loi française ne peut reconnaître un divorce fait en Angleterre. C'est là une des plus grandes erreurs que l'on puisse professer; car, sous le rapport de la capacité, les lois françaises doivent reconnaître tout ce qui est légalement fait en Angleterre; sans cela, il y aurait hostilité perpétuelle entre les nations... Je vais montrer que cet arrêt est contraire à la principale doctrine des auteurs, et même que si la femme B... eût demandé à la Cour de Paris de prononcer son divorce, elle aurait dû le prononcer... »

Pour la jurisprudence opposée (celle de la Cour de Paris), il s'agit aussi d'une solution tout à fait normale. Pour elle, la loi de 1816 est une loi de police et de sûreté, une loi d'ordre public (à cette époque, les deux notions sont mal distinguées), applicable à toutes les personnes se trouvant sur le territoire français. De même que les étrangers ne peuvent pas divorcer en France, de même ils ne peuvent s'y remarier quand ils ont été divorcés à l'étranger. Ce qu'il faut donc remarquer, c'est que la discussion qui oppose les partisans des deux jurisprudences se situe au premier degré de l'ordre public, et que l'idée d'un effet atténué de l'ordre public n'est pas encore apparue.

13. — Que vaut dans ces conditions l'arrêt de la Chambre civile du 28 février 1860 (8) ? Est-il, comme on l'a dit, le premier jalon de la distinction entre la création des droits et leur efficacité, quant aux effets de l'exception d'ordre public ? Si on cherche à l'interpréter d'après les arrêts qui l'ont suivi, c'est certain. Mais si on le replace dans son contexte historique, et si on l'interprète tant d'après celui-ci que d'après les conclusions du procureur général Dupin, prononcées avant l'arrêt d'admission de la Chambre des requêtes, et d'après ses termes mêmes, il en va tout autrement; on constate que cet arrêt met simplement fin à une querelle qui

(7) On ne peut guère citer que Nancy, 30 mai 1826, précité, dont les motifs ont une portée nettement plus ample que le dispositif.

(8) Bulkley, S. 1860.I.210.

s'était élevée sur l'interprétation de la loi de 1816 quant à son champ d'application dans l'espace. Permettant à une Anglaise, régulièrement divorcée à l'étranger de se remarier en France, il adoptait purement et simplement la thèse défendue par Troplong à Nancy, en 1824, selon laquelle les étrangers dont la loi nationale admettait le divorce pouvaient, d'une part se remarier en France, s'ils étaient divorcés par un tribunal de leur pays (solution explicite), et, d'autre part, dans le cas inverse, demander directement le divorce en France (solution implicite) : aujourd'hui, nous dirions que la loi de 1816 n'était pas d'ordre public au sens du droit international privé. Voici d'ailleurs quels étaient les principaux attendus de l'arrêt :

« ... qu'ainsi l'étranger dont le mariage a été légalement dissous dans son pays, soit par le divorce, soit par toute autre cause, a acquis définitivement sa liberté. et porte avec lui cette liberté partout où il lui plaira de résider. Attendu que ces principes ne reçoivent aucune atteinte en France de la loi du 8 mai 1816. Qu'en effet, si cette loi est d'ordre public, et si, en conséquence, il n'est pas possible d'y déroger par des conventions particulières (art. 6, C. Nap.) ; si, par une autre conséquence, il n'est pas permis aux tribunaux d'ordonner ou de sanctionner des divorces que les officiers de l'état civil ne pourraient prononcer (9), la loi de 1816 doit être renfermée dans les limites qu'elle s'est tracées, par respect pour les principes de droit les plus incontestés. Que la loi de 1816 n'a pu vouloir et n'a voulu statuer que pour l'avenir et pour la France ; qu'elle n'a atteint, par sa disposition unique, ni les divorces antérieurement prononcés, ni les divorces prononcés régulièrement à l'étranger... »

Il est d'ailleurs significatif que Dupin ait cité, repris, et pleinement approuvé dans ses conclusions celles de Troplong, qui, entre temps, était devenu premier président de la Cour de cassation et présidait l'audience de la Chambre civile quand cet arrêt fut rendu.

14. — II° DE 1860 A NOS JOURS.

L'arrêt de 1860, puis la loi de 1864, allaient stabiliser pour quelques années le droit du divorce en la matière qui nous occupe.

(9) Ce membre de phrase rappelle l'état de la pratique en France avant 1816. De même que le mariage, le divorce était une cérémonie solennelle célébrée par l'officier de l'état civil. La proposition de l'arrêt signifie que les tribunaux français ne peuvent ordonner le divorce d'époux français, car la loi de 1816 interdit aux officiers de l'état civil de prononcer de tels divorces. Mais rien de tel n'existe pour les étrangers en France. Aussi ne peut-on rien tirer de cette partie de la décision, qui permette d'affirmer qu'elle ait consacré la thèse interdisant aux tribunaux français de prononcer le divorce d'époux étrangers selon leur loi nationale.

La plupart des arrêts que nous allons maintenant examiner tranchent des questions de filiation paternelle naturelle, mais, bien entendu, les solutions acquises en matière de divorce ne seront pas oubliées.

Il ne faut pas s'étonner de voir l'arrêt de 1860 soumis à deux interprétations différentes : ceux qui s'efforceront de faire reconnaître en France les effets d'une filiation établie à l'étranger prétendront que cet arrêt leur donne raison, en consacrant la distinction entre la création des droits et leur efficacité quant aux effets de l'ordre public. Les autres en donneront l'interprétation que nous avons donnée, et restreindront la portée de l'arrêt à la seule question du divorce.

En fait, les Cours d'appel décideront que les filiations établies à l'étranger ne sont pas contraires à l'ordre public français, mais il est assez difficile de déterminer le fondement de cette solution. On se souvient que le champ d'application dans l'espace de la loi de 1816 avait été déterminé en fonction de son champ d'application dans le temps, en ce sens que si l'on avait fini par permettre aux étrangers divorcés de se remarier en France et même, semble-t-il, de demander le divorce en France, c'est parce qu'on considérait qu'il s'agissait là du domaine réservé à la loi nationale de chacun, de même que les divorces prononcés en France avant 1816 étaient reconnus après, car ils se rattachaient à la loi ancienne. Or rien de tel ne pouvait inspirer en fait (10) la jurisprudence concernant les jugements de filiation rendus à l'étranger. En 1912, est promulguée la loi permettant dans certains cas la recherche de la paternité naturelle; de nombreux problèmes vont apparaître à propos du champ d'application dans le temps de cette nouvelle loi. On se doute que les solutions qui y seront apportées auront un retentissement sur l'effet en France des filiations établies à l'étranger. Ceci explique qu'il nous faudra d'abord étudier la jurisprudence de 1860 à 1912, puis le domaine d'application dans le temps de la loi de 1912; enfin la jurisprudence postérieure à 1912.

15. — 1° De 1860 à 1912.

Il est très difficile de chercher des « tendances » dans une jurisprudence dont les solutions restent commandées par les circons-

(10) Le problème aurait pu se poser au moment de la promulgation du Code civil. On sait en effet que la recherche de paternité était autorisée avant la Révolution, et que c'est le Code civil qui a brutalement interrompu cette tradition. Néanmoins on ne trouve pas trace dans les recueils de jurisprudence de difficultés propres au droit transitoire de l'article 340 du Code Napoléon.

tances des espèces. Cette situation sporadique est due à l'absence de directives de la Cour de cassation; celle-ci n'a pas eu à connaître de l'effet en France de jugements de filiation rendus à l'étranger. Elle s'est contentée, en rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris du 2 août 1866, dont on reparlera bientôt, de déclarer dans les termes les plus formels, qu'un étranger ne pouvait rechercher sa filiation paternelle naturelle devant les tribunaux français, parce que l'art. 340 du Code civil est une loi d'ordre public, et que « de telles règles, de même que les lois de police et de sûreté, obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire français » (11).

Une décision comme celle-ci n'était pas de nature à faciliter la tâche des Cours d'appel, soucieuses de reconnaître en France les effets d'une filiation acquise à l'étranger. En effet, pour la matière sœur du divorce, Troplong et Dupin, afin de valider en France un divorce obtenu à l'étranger selon la loi compétente, allaient jusqu'à reconnaître qu'on devrait autoriser les étrangers dont la loi nationale admettait le divorce à réclamer ce divorce en France, car, au fond, la loi de 1816 n'était pas une loi d'ordre public, au sens de ce terme en droit international privé. Un tel raisonnement n'était plus possible en matière de filiation, puisque la Cour suprême avait décidé que l'art. 340 était d'ordre public. Les cours d'appel devront donc trouver autre chose et c'est ainsi que se formera une doctrine qui différenciera les effets de l'ordre public selon les situations envisagées. Heureusement, pour cette doctrine, la rédaction de l'arrêt du 25 mai 1868 contenait une faille qui allait permettre à ces nouvelles solutions de voir légitimement le jour. Au lieu de dire que toute loi étrangère devait être écartée dès lors qu'en elle-même elle était contraire aux règles françaises d'ordre public, l'arrêt disait : « La loi étrangère n'est toutefois applicable par les tribunaux français qu'autant que son *application* n'est pas contraire aux règles qui sont considérées en France comme tenant à l'ordre public. » Dès lors, il suffisait de montrer que la loi étrangère n'était pas appliquée de la même façon en France quand on s'en servait pour établir directement la filiation, ou quand on se contentait d'en tirer les conséquences, pour écarter dans ce deuxième cas l'intervention de l'ordre public.

16. — C'est dans cette démonstration que les Cours d'appel se sont divisées; parler de division est peut-être excessif. Il vaudrait mieux dire qu'elles se sont placées à des points de vue différents

(11) Cass. civ., 25 mai 1868, S. 1868.I.365.

pour aboutir à la même solution. On pouvait en effet, soit mettre l'accent sur le travail demandé au juge, décomposer celui-ci, et montrer qu'il ne s'agissait plus pour lui d'appliquer la loi étrangère; soit n'envisager que le contenu concret de la demande, et montrer qu'en lui-même, il ne contenait rien de contraire à l'ordre public.

17. — Le premier raisonnement est celui que la Cour d'appel de Paris avait fait sien dans l'arrêt précité du 2 août 1866 (12), dans la célèbre affaire du *duc de Brunswick*. La dame de *Civry*, probablement fille naturelle du duc, prétendait qu'au moment de sa naissance, le lien de filiation s'était formé et qu'elle avait ainsi acquis un droit irrévocable, quoique éventuel, qu'elle entendait faire sanctionner par les tribunaux français, en leur demandant d'établir sa filiation paternelle naturelle. La Cour d'appel de Paris, à partir du moment où elle admettait, ce qui n'était guère contesté, que l'article 340, prohibant cette action, était d'ordre public au sens du droit international privé, ne pouvait que rejeter cette action. Mais, au cours des débats, la dame de *Civry* avait invoqué l'arrêt de 1860 et les conclusions qui l'accompagnaient. Elle invoquait l'interprétation large de cet arrêt, selon laquelle le divorce d'étrangers devait être, non seulement reconnu en France, quand il avait été prononcé à l'étranger, mais même prononcé en France. Alors, par analogie, concluait la demanderesse, la même solution devait être donnée à la filiation naturelle. La Cour de Paris n'a pas accepté cette argumentation, mais elle a dû se débarrasser de l'arrêt de 1860. Elle l'a fait, en lui donnant après coup l'interprétation que la postérité devait seule retenir :

« Considérant toutefois que le droit qui appartient aux tribunaux français d'appliquer les lois d'un pays étranger dans certaines contestations où les Français sont intéressés, s'arrête devant un principe d'ordre public établi par la loi française et auquel porterait atteinte l'application d'un statut étranger...

« ... que cette recherche (de paternité), permise par la loi du Brunswick, ne peut être en France la base d'une action et d'une décision de justice. Que l'on ne peut assimiler la demande de la dame de *Civry*, qui nécessiterait l'application par les juges français d'une loi étrangère contraire à la loi française, à l'action d'un étranger qui, après avoir fait fixer par les tribunaux, et d'après les lois de son pays, un état que la loi française ne lui aurait pas reconnu, ne demanderait à la justice française que d'apprécier les conséquences de cet état ainsi judiciairement déclaré. »

(12) S. 1866.II.342.

Autrement dit, seuls les traitements préventifs sont valables. les traitements curatifs sont à proscrire. L'arrêt de 1860 concernait une hypothèse bien particulière : les juges étrangers avaient appliqué une loi que nous estimions contraire à notre ordre public. quand les époux, ou plutôt les ex-époux, sont venus devant le tribunal français; le mal était déjà fait. les tribunaux français n'en avaient pas la responsabilité: le vin était tiré, ils n'avaient plus qu'à le boire. Cette idée très simple, trop simple, qu'il ne faut pas revenir sur ce qui a été fait, apparaît dans cet arrêt pour la première fois, et subsistera, avec des fortunes diverses, jusqu'à nos jours. Mais il faut se rappeler qu'elle n'est apparue que de façon accessoire, dans l'esprit d'un magistrat qui, réprouvant au fond un arrêt de la Cour de cassation qui le gênait, a cherché ainsi à l'écarter, sans encourir le risque de la cassation. On peut d'ailleurs se demander dans quelle mesure la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi formé contre cet arrêt, et en affirmant solennellement le caractère d'ordre public de l'article 340, sans faire aucune mention du problème des filiations obtenues à l'étranger, n'effectuait pas un recul par rapport à la position qu'on lui prêtait en 1860.

En tout cas, la position de la Cour d'appel de Paris n'était pas suffisante. Elle semblait signifier qu'à partir du moment où les tribunaux français étaient simplement requis de tirer les conséquences d'une filiation obtenue à l'étranger, aucun problème d'ordre public ne se posait plus, car ces problèmes étaient localisés au stade de la création de la filiation. Mais il restait en bonne logique à prouver que la loi applicable aux conséquences que l'on demandait aux tribunaux français de tirer de cette filiation n'était pas non plus contraire à l'ordre public français. Le problème n'était pas résolu, il était simplement déplacé. Par la suite, certains tenteront une justification plus théorique. Par cela seul, dira-t-on, que le lien de filiation est passé à la vie juridique dans un Etat donné, selon la loi compétente, il est devenu un *fait* qu'on ne peut plus récuser. Un fait s'impose par lui-même, on ne peut pas dire qu'il est contraire à l'ordre public. Cette ingénieuse qualification de la filiation obtenue à l'étranger a été rendue plus facile par l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 9 mai 1900 (13), qui qualifiait un jugement étranger d'annulation de mariage de « fait juridique qui ne saurait être méconnu ». D'ailleurs, en matière de filiation, ce « fait » est familier aux tribunaux français,

(13) Prince de Wrède, S. 1901.I.185.

puisque la loi française permet de créer le lien de filiation naturelle par la reconnaissance volontaire. Cependant, cette justification de la distinction entre la création d'un droit et son efficacité n'était pas satisfaisante. Il n'était pas absolument exact de dire qu'en se contentant de tirer les conséquences d'un droit créé à l'étranger, on n'avait pas à appliquer la loi étrangère choquante. De même, il était tendancieux de baptiser « fait » la filiation obtenue à l'étranger, afin de la mettre à l'abri de l'exception d'ordre public.

18. — Plus réaliste était l'attitude des tribunaux qui limitaient leurs considérations au domaine de la filiation naturelle. Certaines Cours d'appel vont porter leur analyse sur le fondement du caractère d'ordre public de l'article 340. Par exemple, les Cours de Pau (14) et de Nancy (15) vont démontrer que le caractère d'ordre public de l'article 340 est dû au seul désir d'éviter en France des procès scandaleux et que, dès que ce procès a eu lieu à l'étranger, rien ne s'oppose plus à ce qu'on en tire chez nous les conséquences. D'autres tribunaux vont examiner davantage la nature des conséquences qu'on leur demande de tirer des jugements étrangers, afin de montrer qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public. Par exemple, un jugement du tribunal civil de la Seine du 8 janvier 1907 (16) accorde l'exequatur à un jugement allemand ayant condamné un individu à une pension alimentaire envers un enfant mineur, en relevant que les tribunaux français ne font pas autre chose en accordant à la mère et à l'enfant des secours sur la base de l'article 1382 ou de l'obligation naturelle (17).

Mais on se doute qu'aucune solution d'ordre général ne pouvait être obtenue à l'aide de pareilles méthodes qui tiraient toute leur valeur de l'analyse d'un cas concret. Aussi bien, dès qu'on quitte le domaine de la filiation naturelle, avec toutes ses contingences propres, on voit les tribunaux reprendre ce raisonnement d'un seul tenant qui avait été à l'origine de l'arrêt de 1860, et ne plus faire la distinction entre la création des droits et leur efficacité, quant à la question de l'ordre public. Un arrêt de la Cour d'Alger du 9 février 1910 (18) est caractéristique : la question posée était celle de la prohibition en France de la polygamie.

(14) 17 janv. 1872, S. 1872.II.233.

(15) 6 juin 1912, Clunet, 1914.568.

(16) *Revue*, 1907.193, concl. MATTER.

(17) Voyez dans le même sens Trib. civ. Seine, 1^{er} juill. 1910, *Revue*, 1910.844.

(18) *Revue*, 1913.103.

Après avoir affirmé qu'un mahométan, engagé dans les liens d'un précédent mariage, ne pourrait, bien que sa loi nationale autorisât la polygamie, demander à contracter un deuxième mariage en France, même avec une femme de son pays et de sa religion (ceci est tout à fait orthodoxe au regard de la distinction envisagée), l'arrêt, comme poussé par une force extérieure irrésistible, se contredit quelques lignes plus bas en disant « que les tribunaux français devraient, malgré l'existence d'un empêchement dirimant établi par la loi française, reconnaître la validité et les effets d'un mariage contracté entre étrangers, en pays étranger, *ou même en France*, s'il était valable d'après leur loi nationale ». Donc, après avoir salué la distinction à la mode d'un coup de chapeau, l'arrêt l'abandonne aussitôt et ne distingue plus les deux situations.

19. — Si l'on essaie de résumer la position de la jurisprudence à la veille de la loi de 1912, on doit reconnaître que les tribunaux français font une distinction entre la création de la filiation en France, et les effets de la filiation obtenue à l'étranger. La notion de droit acquis n'intervient que très timidement pour justifier cette distinction. Du moins est-elle la seule tentative théorique faite pour lui donner un fondement général; mais la notion de droit acquis est plus une expression commode qu'une réalité bien précise. On se doute que les très nombreux problèmes de succession des lois dans le temps posés par la loi du 16 novembre 1912 allaient permettre d'approfondir cette notion, et que la plus grande précision obtenue dans les conflits de lois dans le temps allait avoir sa répercussion dans le domaine des conflits de lois dans l'espace.

20. — 2° *Le champ d'application dans le temps de la loi du 16 novembre 1912.*

Le problème qui se posait au lendemain de la loi de 1912 était de savoir si elle devait s'appliquer aux enfants nés avant sa promulgation. Notre propos est maintenant de montrer en quoi la solution donnée à ce problème devait influencer sur la question de l'effet en France des jugements de paternité rendus à l'étranger.

Rappelons d'abord que, dans les deux cas, la notion clef est celle de droit acquis. Dans le droit intertemporel, on dit que la loi nouvelle ne doit pas toucher aux droits acquis sous l'empire de la loi ancienne. Dans le droit interspatial, on dit que l'ordre public ne doit pas réagir à l'encontre de droits acquis sous l'empire d'une loi étrangère. À supposer que ces propositions soient satisfaisantes, il faut encore préciser ce qu'on entend par droit acquis. L'étude

de la jurisprudence va nous permettre de découvrir les difficultés rencontrées dans cette définition.

21. — Si l'on décide que la loi de 1912 ne doit pas s'appliquer aux enfants nés avant sa promulgation, c'est que l'on admet que la situation juridique du père, invulnérable lors de la naissance de l'enfant, a été définitivement fixée à ce moment, et constitue pour lui un droit acquis. C'est ainsi que de nombreuses décisions ont déclaré que l'exception que fournissait au prétendu père l'article 340 ancien du Code civil prohibant la recherche de paternité avait le caractère, non d'une simple expectative, mais d'un véritable droit acquis (19), ou encore, que la demande en reconnaissance judiciaire formée par l'enfant naturel devait être écartée, car elle pourrait léser les droits acquis des héritiers du père qui serait décédé avant la promulgation de la loi (20). Dans cette jurisprudence, la notion de droit acquis est très claire : constitue un droit acquis toute situation juridique qui a existé légalement dans un système juridique déterminé, mais qui ne pourrait plus se réaliser dans le système juridique en vigueur où et quand le juge statue. La notion est en somme toute mécanique, toute objective. Du moment qu'elle n'a rien précisé, la loi nouvelle ne peut pas toucher aux situations acquises, c'est-à-dire à celles dont les conditions ont été réalisées sous l'empire de la loi ancienne. Si l'on transpose maintenant cette notion toute simple dans le domaine de l'ordre public en droit international privé, on doit dire que l'ordre public français ne peut en aucun cas, réagir contre une filiation naturelle obtenue à l'étranger en dehors des cas prévus limitativement par la loi de 1912. Cette filiation constitue une situation qui a été valablement réalisée dans un système étranger. Le système juridique français ne peut pas y toucher.

Cette solution avait le mérite de la simplicité. Mais elle n'a pas été retenue; elle présentait le grave inconvénient de retarder trop longtemps l'entrée en vigueur des lois nouvelles et de perpétuer par là des situations subjectivement choquantes. Cette loi de 1912 était inspirée de mobiles humanitaires; ces mobiles qui avaient présidé à l'élaboration de la loi devaient aussi déterminer son champ d'application dans le temps, et la rendre applicable aux enfants nés avant 1912. Mais en déclarant que le prétendu père

(19) Trib. Autun, 14 mai 1913, S. 1913.II.258; Amiens, 11 juin 1914, S. 1914.II.243.

(20) Bordeaux, 9 fév. 1914, S. 1914.II.145, note BONNECASE; Trib. Saint-Mihel, 30 avril 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.I.739; Bourges, 17 juill. 1913, *Gaz. Trib.*, 1914, 1^{er} sem., 2.95; Trib. Lons-le-Saulnier, 31 juill. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.2.372.

n'avait pas de droit acquis à opposer à l'article 340 ancien, la jurisprudence allait démanteler la notion même de droit acquis. En introduisant dans la notion des considérations subjectives, elle allait la rendre incertaine et lui faire perdre cette précision qui constituait l'essentiel de sa valeur. Mais une jurisprudence ne peut pas s'avouer à elle-même qu'elle est inspirée de purs motifs sentimentaux, et c'est pourquoi les tribunaux allaient essayer de reconstituer sur des bases rationnelles la notion qu'ils utilisaient.

Tout d'abord, on ne peut nier que l'applicabilité de la loi de 1912 aux enfants nés avant sa promulgation n'ait été inspirée par des raisons d'équité. On ne voulait pas que pendant vingt ans on se trouve en présence de deux catégories d'enfants naturels mineurs nés dans les mêmes conditions, dont les uns seulement auraient pu rechercher leur paternité. La loi de 1912 avait été votée pour mettre fin à certains abus, il fallait que ces abus cessent immédiatement. Mais, comme la loi ne contenait pas de disposition transitoire, il fallait trouver une base théorique à son application immédiate à des situations acquises. La notion de droit acquis, telle qu'elle était entendue jusqu'alors, ne permettant pas cette application, plusieurs solutions pouvaient être envisagées.

22. — Un premier groupe d'arrêts (21) ont adopté la position la plus radicale. Ils ont dit que le respect des droits acquis n'était pas absolu, et que dans certains cas ils devaient céder devant le caractère d'ordre public de la loi nouvelle. Il s'agissait alors d'une affirmation purement arbitraire qui, si elle était fondée, condamnait la méthode de solution des conflits de lois dans le temps par la notion de droit acquis. D'autres décisions ont nié tout simplement que le père prétendu ait eu avant 1912 un droit acquis à opposer à toute action de l'enfant la prohibition de l'article 340 ancien du Code civil, et ont ajouté qu'il n'avait qu'une simple expectative (22). Mais tant qu'aucun critère sérieux n'était trouvé pour différencier le droit acquis de la simple expectative, ce raisonnement n'était qu'une tautologie. Aussi a-t-on cherché à définir ce critère. On a avancé que le principe de non-rétroactivité des lois s'opposait seulement à ce qu'une loi nouvelle portât atteinte à des droits « définitivement » acquis, avant qu'elle n'intervienne. En d'autres termes, cela signifiait que les seuls enfants qui n'étaient pas visés par la loi de 1912 étaient ceux qui étaient morts avant sa promulgation,

(21) Rouen, 13 mai 1914, S. 1917.I.77.

(22) Cass. civ., 20 fév. 1917 (trois arrêts) et 24 juill. 1917 (deux arrêts), S. 1917.I.73, note LYON-CAEN.

et dont la vie juridique, éteinte, avait déjà produit tous ses effets; au contraire, tant qu'une situation juridique, née sous l'empire de la loi ancienne, pouvait encore produire des effets après l'intervention de la loi nouvelle, ces effets devaient être soumis à cette loi nouvelle. Cette idée ne paraît pas mauvaise, mais elle est très éloignée de la notion de droit acquis. Celle-ci est désormais morcelée. Il n'y a plus un droit général à la filiation, ou à l'absence de paternité, il y a autant de situations que la pratique en peut faire naître. Chaque individu porte en lui-même un nœud de relations juridiques; ce nœud n'est plus envisagé en lui-même comme la source unique des situations que ces relations peuvent engendrer; on n'a plus égard qu'à chaque situation concrète qui doit être appréciée et résolue d'après la loi en vigueur au moment où elle se forme. Ainsi, un enfant est né avant 1912; dans la conception ancienne, on s'en tenait à la date de sa naissance pour régler les problèmes concernant son état, et il ne pouvait pas réclamer le bénéfice d'une loi postérieure sans porter atteinte aux droits acquis par le défendeur. Maintenant, on se place au moment où il intente son action pour lui donner la suite qu'elle mérite, compte tenu des lois actuellement en vigueur.

Une autre tentative avait été faite pour définir la notion de droit acquis. Nous n'insisterons pas sur elle en raison du peu de succès qu'elle a rencontré. On a cherché à opposer les facultés légales régulièrement établies et exercées avant la loi nouvelle (par exemple un divorce prononcé avant la loi de 1816), qui constitueraient seules les véritables droits acquis, et les facultés légales demeurées inutilisées au moment du changement de législation et qui ne sont que de simples expectatives, par exemple la situation du père naturel qui, jusqu'à 1912, a passivement bénéficié de la faveur de la loi (23). Une telle distinction n'était pas rationnelle. Un bénéfice accordé de plein droit à un individu doit constituer un droit acquis au moins au même titre qu'une simple faculté qui nécessite, pour être réalisée, une action en justice de la part de celui qui veut s'en prévaloir.

23. — 3° *La jurisprudence après 1912.*

Quelle influence devait avoir cette révision des concepts sur le terrain voisin de l'ordre public en droit international privé? Certes, on pourrait objecter à la comparaison que nous abordons que dans un cas, il s'agit du caractère d'ordre public de la loi de 1912 en

(23) Rouen, 18 mars 1914, S. 1917.I.77.

tant qu'elle accorde la faculté de rechercher la paternité naturelle, tandis que dans l'autre cas ce caractère d'ordre public est envisagé en tant qu'il prohibe cette recherche en dehors de certaines hypothèses déterminées. Mais nous nous attachons dans les deux cas à examiner le procédé employé pour affirmer ou pour limiter le caractère d'ordre public, et, dans les deux cas, c'est le concept du droit acquis. Peu nous importe qu'il soit utilisé à des fins différentes. C'est toujours la même notion qui est en jeu, et c'est elle seule qui nous retient pour le moment.

Or, cette crise du concept de droit acquis, que nous avons observée dans les conflits dans le temps va également se répercuter dans les conflits dans l'espace. A partir du moment où l'on ne s'attache plus seulement à l'existence d'une certaine situation juridique pour régler les problèmes de succession des lois dans le temps, on ne peut plus se contenter d'affirmer le caractère de droit acquis d'une filiation ou d'un divorce obtenus à l'étranger en dehors des cas limitatifs prévus par la loi française, pour écarter le jeu de l'ordre public à leur rencontre, en affirmant seulement qu'il s'agit là de situations acquises, c'est-à-dire nées sous l'empire du système juridique étranger normalement compétent. Aussi ne faut-il pas s'étonner de retrouver dans la jurisprudence que nous allons maintenant étudier les mêmes hésitations et les mêmes tendances que nous venons de signaler. D'ailleurs, cette jurisprudence finira par s'en tenir à une formule unique qui conservera les expressions anciennes, mais s'inspirera des idées nouvelles sur les conflits de lois dans le temps.

24. — L'idée de distinguer entre la création des droits et leur efficacité ne s'impose pas immédiatement.

On retrouve la tendance ancienne de certains tribunaux (tribunal de la Seine en particulier), à n'envisager que le cas de l'espèce, et à remarquer que ce qui est demandé en application d'une loi étrangère pourrait être obtenu par d'autres moyens à l'aide du droit français, sans qu'on fasse appel à aucune solution théorique. Ainsi un arrêt de la Cour de Colmar du 1^{er} février 1928 (24) refuse de faire jouer l'ordre public français contre un jugement allemand ayant reconnu une paternité naturelle sur le fondement des articles 1708 et suivants du *B.G.B.* parce qu'en l'espèce, le même résultat aurait pu être obtenu par l'article 340 du Code civil français (25).

(24) Clunet, 1929, 739.

(25) Voir aussi Trib. civ. Seine, 23 fév. 1932, *Revue*, 1934.452, note NIBOYET.

Un arrêt de la Cour de Colmar (26) refuse l'exequatur à un jugement allemand qui a condamné un individu sur le fondement de l'article 1708 *B.C.B.*, à une pension alimentaire envers un enfant mineur. Il s'agissait pourtant de permettre la simple exécution d'une condamnation pécuniaire et non de reconnaître une filiation. Mais l'arrêt relève que plus tard l'enfant pourrait se prévaloir de cette situation pour réclamer la reconnaissance de sa filiation. Estimant que ce résultat purement éventuel serait contraire à notre ordre public, la Cour refuse l'exequatur. Cet arrêt est important, bien qu'il soit resté isolé. Il relève clairement qu'il ne s'agit ici que de permettre l'exécution d'une condamnation pécuniaire, et non de reconnaître une filiation. Il fait donc en quelque sorte la distinction entre la création du droit et son efficacité, mais sans le dire expressément, et pour la rejeter. Il témoigne donc d'une résistance remarquable aux idées en vogue. Niboyet l'avait bien senti, qui, dans son grand traité (27) critiquait d'autant plus violemment cet arrêt qu'il portait une première atteinte à la doctrine dont il s'était fait le champion.

Cette résistance est d'ailleurs encouragée, au moins à ses débuts, par la Cour de cassation elle-même. Deux arrêts sont significatifs à cet égard. Le premier (28) admet clairement que l'ordre public peut aller à l'encontre d'un droit acquis à l'étranger :

« Attendu que si, en principe, les tribunaux d'un Etat, lorsqu'ils sont appelés à apprécier une situation juridique née sous l'empire d'une législation étrangère, doivent le faire en appliquant la loi étrangère, cette règle ne les oblige que dans la mesure où l'application de la loi étrangère ou *le respect des droits acquis en vertu de cette loi* ne porte pas atteinte à des dispositions de leur loi nationale considérées comme essentielles pour l'ordre public. »

Cela ne signifie pas un rejet de la distinction, mais une appréciation de son caractère relatif. Si vraiment les droits acquis à l'étranger ne sont pas à l'abri d'une réaction de l'ordre public français, c'est que la distinction n'a pas la valeur pratique positive qu'on lui prêtait dans ses beaux jours. Dans le même esprit, un arrêt de la Chambre des requêtes du 3 avril 1935 (29), annule pour contrariété à l'ordre public français un accord judiciaire postérieur à un jugement étranger de divorce et par lequel les parties

(26) 24 mars 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.2.12, *Clunet*, 1931.1143, note NAST; S. 1932.II.121, note AUDINET.

(27) Tome III, p. 544.

(28) Req., 5 mars 1928, S. 1929.I.217, *Revue*, 1929.288, *Clunet*, 1928.674,

(29) S. 1935.I.230.

se désistaient de leur appel. Là encore, un divorce prononcé à l'étranger se voit refuser effet en France, alors que la doctrine de l'arrêt de Paris de 1866 aurait dû conduire à l'accorder. Il est vrai que dans l'espèce des doutes existaient sur la nationalité de la femme et que ceux-ci ont peut-être amené la Chambre des requêtes à faire application de la loi française. En tout cas il est certain que la position de la Cour de cassation est à tout le moins neutre; il semble qu'elle attende pour se prononcer que la question ait mûri. De même encore la Cour d'appel de Paris refuse de convertir en divorce une séparation de corps obtenue à l'étranger pour des motifs que la loi française ne reconnaît pas. Cet arrêt estime que l'existence de droits acquis n'est pas suffisante pour faire obstacle à l'ordre public français : « Considérant que le respect des droits acquis à l'étranger ne saurait mettre en échec les principes d'ordre public de notre législation. » (30)

25. — Mais en même temps qu'elle subissait ces attaques, la doctrine qu'on allait appeler de l'effet atténué de l'ordre public grandissait et allait emporter peu à peu l'adhésion de la Cour de cassation. Dès 1936 (31) celle-ci allait rejeter un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Nancy (32) qui déclarait :

« Attendu que le fait qu'il (le divorce) est intervenu conformément aux règles établies par le Code civ. suisse confère aux époux un droit acquis dont ils peuvent se prévaloir. Attendu en effet qu'un droit acquis à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public français par cela seul qu'il n'aurait pu y être acquis. Attendu que ce qu'il importe de déterminer seulement, c'est si les effets de ce droit acquis et l'application qui doit en être faite sont contraires à l'ordre public du pays dans lequel la décision doit être exécutée. »

La formule était neuve en droit international privé. Sans doute son origine est-elle dans la jurisprudence qui a décidé d'appliquer la loi de 1912 aux enfants nés avant sa promulgation, mais on remarquera aussi la forte armature doctrinale de l'arrêt et l'influence de Niboyet. Cependant la Cour de cassation ne l'a pas reprise tout de suite à son compte. Elle s'est limitée à rendre un arrêt d'espèce et à constater que les demandes accueillies par l'arrêt attaqué (garde des enfants, pension alimentaire, droit de visite) n'avaient rien de contraire à l'ordre public français et que peu importaient les conditions dans lesquelles le divorce avait été rendu, car ces conditions étaient étrangères à l'exécution des mesures accessoires ordonnées par la juridiction compétente. La Cour

(30) Paris, 4 fév. 1937, *Revue*, 1937.688.

(31) Req., 3 nov. 1936, S. 1936.I.177, note NIBOYET.

(32) 1^{er} mai 1935, *Revue*, 1936.118.

de cassation progresse donc timidement. Le pas décisif sera franchi par deux arrêts de cassation de la Chambre civile du 11 avril et du 1^{er} mai 1945 (33). Il s'agissait d'accorder l'exequatur à deux jugements allemands qui avaient condamné sur le fondement du *B.G.B.* un Français et un Allemand à servir, en tant que pères naturels, une pension à leurs enfants mineurs, Allemands l'un et l'autre. La Cour de Colmar avait refusé ces exequatur qui revenaient à consacrer en France des recherches de paternité naturelle en dehors des cas prévus par l'article 340 du Code civil français. La Cour suprême a cassé ces deux décisions par les deux arrêts précités. Leurs termes sont identiques :

« Vu l'article 340. Attendu que si l'ordre public français ne permet pas d'intenter devant les tribunaux français l'action en recherche d'une filiation paternelle naturelle en dehors des cas et conditions limitativement prévus par l'article 340 du Code civil, alors même que l'action en recherche d'une filiation est régie par la loi nationale étrangère de l'enfant demandeur, ledit ordre public ne met pas obstacle à ce qu'une déclaration judiciaire de paternité naturelle simple, résultant régulièrement d'une décision étrangère qui condamne le père de l'enfant, en cette qualité, à lui servir une pension alimentaire, jouisse en France de l'autorité de la chose jugée et obtienne l'*exequatur* d'un tribunal français... Attendu que l'action introduite devant la cour d'appel de Colmar tendait à l'exécution d'une décision étrangère et non à l'établissement d'une paternité naturelle... Que les juges du fond auxquels était demandé d'en ordonner l'exécution ne devaient plus considérer les exigences de l'ordre public français qu'au regard des effets non réalisés de la situation acquise à l'étranger... »

26. — C'est l'arrêt *Rivière* du 17 avril 1953 (34) qui, le premier, devait donner une formule de portée générale. S'agissant d'apprécier la conformité à l'ordre public français d'un divorce intervenu à l'étranger par consentement mutuel, la Chambre civile déclare que :

« La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger, et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français. » (35)

(33) S. 1945.I.121, note BATIFFOL.

(34) S. 1935.I.181, note BATIFFOL.

(35) La Cour de cassation a repris la même formule dans les arrêts de sa première Chambre civile des 22 mai 1957 (*Revue*, 1957.466, note H.B.) et 28 janv. 1958 (D. 1958.265, note LE NOAN; J.C.P. 1958.II.10488, note LOUIS-LUCAS).

Il faut remarquer que la formule de l'arrêt *Rivière* marque un certain recul par rapport à certains arrêts antérieurs de Cours d'appel ou même de la Cour de cassation (36). La Cour de cassation ne consacre pas la solution selon laquelle l'ordre public devrait cantonner ses réactions aux effets non réalisés de la situation acquise à l'étranger, laquelle, une fois pour toutes, serait soustraite à l'ordre public français (37). La Cour dit seulement que la réaction doit être différente dans les deux cas; par conséquent, il reste possible que l'ordre public français aille à l'encontre d'une situation acquise à l'étranger. La différence entre les deux formules semble assez mince: en effet, est-il un autre moyen d'aller à l'encontre d'une situation acquise à l'étranger que de mettre obstacle à ses effets en France? Mais, en 1945, la formule de la Cour de cassation pouvait prêter à croire que les conditions dans lesquelles la situation avait été acquise ne devaient pas être envisagées par le juge français gardien de l'ordre public, qui devrait limiter son contrôle aux effets de cette situation considérés en eux-mêmes. Supposons qu'un mariage incestueux ait été conclu conformément à une loi étrangère compétente, et que le mari demande en France l'exécution d'un effet de ce mariage, par exemple la contribution de la femme aux charges du ménage: d'après la formule de 1945, il semble que le juge français aurait dû accueillir cette demande puisque l'effet du mariage dont il était demandé exécution n'était pas en lui-même contraire à l'ordre public français. C'est seulement si cet effet avait heurté trop violemment notre ordre public, par exemple sanctions corporelles trop brutales du mari sur la femme, que le juge aurait pu rejeter la demande. Au contraire, avec la formule de l'arrêt *Rivière*, le juge pourra encore, à l'occasion d'une demande qui, en elle-même n'est nullement contraire à son ordre public, envisager les conditions dans lesquelles le mariage a été célébré à l'étranger, et rejeter la demande si ces conditions lui paraissent assez choquantes pour empêcher le mariage de produire un effet quelconque en son pays.

Depuis l'arrêt *Rivière*, les Cours d'appel se montrent dociles et se contentent de reproduire sa formule (38).

27. — Nous avons déjà montré en quoi ces formules nouvelles différaient de l'ancienne doctrine des droits acquis. Ce qu'il faut

(36) Civ., 11 avril et 1^{er} mai 1945, précités.

(37) Cf. Nancy, 1^{er} mai 1935, précité.

(38) Paris, 27 juin 1952, *Revue*, 1952.744, note HOLLEAUX; Nancy, 13 janv. 1955, *Revue*, 1955.525, note LOUSSOUARN; Paris, 30 oct. 1954, *Revue*, 1954.125, note MEZGER; Trib. Nancy, 9 juill. 1957, J.C.P. 1957.II.10229, note V.G.

ajouter, c'est que l'évolution que nous venons de retracer dans le domaine des conflits de lois dans l'espace correspond également à l'évolution dernière des idées sur les conflits de lois dans le temps. Nombreux sont les auteurs (39) qui avaient fait remarquer que la doctrine des droits acquis était un programme et non un critère utilisable. La qualification de droit acquis était donnée à une situation quand on ne voulait pas qu'une loi nouvelle s'y applique. C'était une qualification *a posteriori* que la pratique ne pouvait utiliser. On a donc examiné à nouveau la situation pour conclure que la loi nouvelle ne pouvait revenir, en l'absence de disposition transitoire expresse, sur les situations qui avaient épuisé leurs effets avant sa promulgation, mais qu'elle s'appliquait d'office aux effets non encore réalisés des situations en cours. C'est la doctrine de l'application immédiate de la loi nouvelle; encore tout récemment, la Cour de Paris en faisait application à propos de la loi du 15 juillet 1955 (40) : « Considérant que, si une loi nouvelle ne saurait, sans avoir effet rétroactif, régir les effets passés de droits précédemment établis, en revanche elle s'applique immédiatement aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur. » Il est frappant de constater que cette formule est la même que celle utilisée par cette même juridiction deux ans plus tôt, en matière d'ordre public international (41) : « Aucune réaction de l'ordre public français n'en résulterait en présence d'une situation qui, acquise à l'étranger depuis 1948, a épuisé aujourd'hui tous ses effets. »

Il nous faut maintenant, suivant le plan que nous nous sommes tracé, exposer les raisons pour lesquelles nous pensons devoir rejeter, non pas les solutions consacrées par la jurisprudence, mais les théories sur lesquelles elle croit pouvoir les fonder.

§ 2. — La critique de la thèse (42).

28. — Notre entreprise paraîtra téméraire. La jurisprudence de l'effet atténué de l'ordre public semble aujourd'hui définitivement fixée. Elle apparaît comme l'œuvre du temps. Elle a pro-

(39) ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, 1929-1933; ARMINJON, *La notion de droit acquis en droit international privé*, Cours de La Haye, 1933, T. 44, et la bibliographie.

(40) Paris, 15 juin 1956, D. 1956.508.

(41) 7 juill. 1954, *Revue*, 1954.552, note FRANCESCAKIS.

(42) V. les premiers doutes que cette thèse a suscités dans FEDOZZI, « Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international », *Clunet*, 1897, pp. 69-78 et 495-507.

gressé peu à peu, surmonté les obstacles les uns après les autres, de façon toujours linéaire. La doctrine a parfois hésité, mais le plus souvent elle a suivi, ou même guidé la jurisprudence. Aujourd'hui, l'accord est unanime. Il semble que cette notion vague d'effet atténué de l'ordre public ne heurte pas les esprits les plus logiques, car elle reste limitée à la matière, elle-même très floue, de l'ordre public. Cependant les critiques sont nombreuses, qui peuvent lui être adressées. Le début de ce chapitre a déjà montré que le problème n'était pas celui des effets de l'ordre public, mais celui de ses conditions. Nous laisserons de côté cette critique, surtout méthodologique, que nous retrouverons dans la section III de ce chapitre. Ce sont des critiques plus graves que nous allons formuler maintenant, en cherchant à montrer que cette thèse est fautive sur le plan théorique, et que dans la pratique, elle conduit à trop d'impasses pour être utilement retenue.

A. — CRITIQUES D'ORDRE THÉORIQUE.

29. — En appliquant au problème de l'ordre public en droit international privé les solutions dégagées en matière de conflits de lois dans le temps, jurisprudence et doctrine supposaient nécessairement que, 1° *mutatis mutandis* les problèmes se posaient de la même façon, et que, 2° les principes de solution devaient être les mêmes. Or, ces deux suppositions sont aussi mal fondées l'une que l'autre. En effet, d'une part, toute la théorie est bâtie sur une fautive symétrie avec les conflits de lois dans le temps, et d'autre part, même en faisant abstraction de ce premier point, la distinction utilisée est inadaptée aux problèmes qu'elle doit résoudre.

1° *Toute la thèse est bâtie sur une fautive symétrie avec les conflits de lois dans le temps.*

30. — L'idée d'établir un parallèle entre les conflits de lois dans l'espace et les conflits de lois dans le temps est tout à fait à l'ordre du jour (43). La communauté des principes de solution est généralement reconnue, malgré certaines différences dues à la nature des choses. Ce n'est pas à ces différences que nous voulons nous attacher, mais à la façon dont les problèmes doivent être posés.

(43) ROUBIER, *op. cit.*, GOLDSCHMIDT, *Sistema formal del derecho de colision en el espacio y en el tiempo*, Madrid, 1945; BATIFFOL, « Conflits de lois dans l'espace et dans le temps », dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, T. 1^{er}, 292-303; GAVALDA, *Thèse* Paris, 1955.

Prenons l'exemple d'un contrat de vente. Dans l'analyse de la situation juridique, il faut distinguer le contrat de vente et le droit réel né de ce contrat. En droit transitoire, le contrat sera soumis à la loi en vigueur au jour où il a été conclu, tant pour ses conditions de fond que pour ses conditions de forme. Au contraire, le droit réel issu de ce contrat sera soumis à la loi nouvelle intervenue postérieurement au contrat. Tandis que le droit réel se rapporte au contenu du droit, le contrat lui-même se rapporte à la source de ce droit, et c'est ce qui explique la différence des rattachements. De même en droit international privé la question des conditions de validité du contrat sera soumise à la loi choisie par les parties (loi d'autonomie), tandis que les questions relatives au droit réel proprement dit (par exemple le transfert de propriété), seront soumises à la loi de la situation de la chose (*lex situs rei*). On peut alors véritablement parler d'un parallélisme des situations et des solutions. Parfois, les solutions se ressemblent moins, mais la comparaison demeure toujours légitime. On peut donc dire que la solution normale des conflits de lois dans le temps, cherchée autrefois dans la notion de droit acquis, trouvée aujourd'hui dans la distinction entre la création, la source des droits, et leurs effets, leur efficacité, inspire dans une certaine mesure les solutions apportées aux questions de conflits de lois dans l'espace.

31. — La comparaison peut être poussée assez loin et M. Batiffol, dans l'article précité et dans un cours de doctorat non publié de 1956, s'est particulièrement attaché à poser dans les conflits dans le temps les problèmes des qualifications et du renvoi. Nous nous attarderons seulement à la question de l'ordre public. Le bel ordonnancement que nous venons d'évoquer à propos du droit transitoire, à savoir la distinction entre la création des droits et leur efficacité, peut être mis en échec par une loi nouvelle d'ordre public; par exemple les successions sont normalement soumises à la loi en vigueur au jour où elles sont ouvertes, de sorte qu'une nouvelle loi s'appliquera non seulement à la succession des individus nés après sa promulgation, mais également à la succession de toutes les personnes décédées après sa promulgation, tandis que les successions ouvertes avant la loi nouvelle, mais non encore liquidées resteront soumises à la loi ancienne. Cependant, si le législateur estime que la nouvelle loi qu'il établit est si fondamentale qu'elle doive être appliquée dans le temps au-delà de son domaine naturel, il pourra décider qu'elle s'appliquera à toutes les successions en cours de liquidation, ou même à toutes les successions ouvertes depuis telle date, même si elles sont déjà liquidées.

Le précédent du décret du 17 nivôse, An II, n'est pas encore oublié. Il est facile d'analyser ici l'intervention de l'ordre public : si l'on considère que les héritiers ont un droit acquis à voir leurs droits réglés sur la base de la loi ancienne, on remarque que l'ordre public a pour effet d'aller à l'encontre d'un droit acquis. Si l'on admet, au risque de faire un retour en arrière, que c'est cette idée de droit acquis qui constitue le critère permettant de répartir les compétences entre la loi ancienne et la loi nouvelle, on est obligé de reconnaître que l'ordre public, dont l'effet est de faire empiéter la loi nouvelle sur le domaine de la loi ancienne, *ne peut pas se manifester autrement que par une réaction contre un droit acquis*. Dans le droit transitoire, la solution anormale du conflit par l'ordre public consiste donc nécessairement, au-delà de l'exception qu'elle apporte à la règle de conflit, à faire échec à un droit acquis, ou, dans la terminologie nouvelle, à l'efficacité d'un droit créé sous l'empire de la loi ancienne.

De même, en droit international privé, la solution normale du conflit, qui consiste, par exemple, à donner compétence à la loi nationale des époux pour la question de leur divorce, pourra être écartée si cette loi heurte l'ordre public dans le pays du for saisi. Dans ce cas, la solution du conflit par l'ordre public est donc absolument anormale. Or, à des situations anormales, exceptionnelles, on ne peut appliquer les principes généraux de solution des situations normales. C'est pourtant ce que l'on fait en droit international privé par la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. L'intervention de l'ordre public a pour conséquence un empiètement de la loi du for sur la loi étrangère et, comme cet empiètement constitue un trouble, jurisprudence et doctrine ont cherché à le limiter. Pour ce faire, elles ont fait appel à la notion de droit acquis, puis à la distinction entre la création des droits et leur efficacité. Or, on vient de le voir, ce sont là des notions qui, traditionnellement, sont affectées au droit des conflits dans le temps : ce sont elles qui ont permis, ou qui permettent, de fixer les domaines *normaux* réservés à la loi ancienne et à la loi nouvelle. En droit international privé, nous les retrouvons, non pas, ainsi qu'on s'y attendrait, comme principe de solution normale des conflits de lois, mais dans le domaine exceptionnel de l'ordre public, pour fixer les domaines *anormaux* de la loi du for et de la loi étrangère. On arrive ainsi à des résultats étonnants. La doctrine de l'effet atténué de l'ordre public enseigne qu'en principe l'ordre public ne doit pas réagir contre les droits acquis, mais seulement contre des droits en train de se créer ; en droit transitoire le raisonnement est

exactement inverse : l'ordre public ne peut pas réagir contre des droits qui se créent, puisque la création d'un droit nouveau est toujours soumise à la loi nouvelle; comme l'ordre public a pour objet d'étendre la compétence de cette dernière, il est ici sans objet. Au contraire, c'est toujours contre un droit acquis que l'ordre public intervient dans les conflits dans le temps.

Voilà donc en quoi consiste la confusion que nous dénonçons. En transposant dans le domaine exceptionnel de l'ordre public en droit international privé les principes de solution normale des conflits de lois dans le temps, on commet une confusion; on se sert d'une distinction qui traditionnellement intervient comme critère de répartition entre la loi nouvelle et la loi ancienne en définissant ce qui, *normalement*, revient à l'une et à l'autre, pour déterminer l'intensité de l'intervention de l'ordre public, c'est-à-dire pour préciser ce qui, *anormalement*, revient à la loi du for au lieu de revenir à la loi étrangère.

32. — Comment a-t-on pu s'abuser de la sorte ? Il y a fort à penser que si doctrine et jurisprudence ont fait cet appel erroné aux règles du droit transitoire, c'est qu'elles ont aperçu dans le problème juridique qui leur était posé un conflit de lois dans le temps à côté du conflit dans l'espace objet principal du litige. Raisonnons sur l'exemple classique du divorce prononcé à l'étranger pour une des causes que la loi française n'admet pas, par exemple pour maladie mentale de l'un des conjoints. Si l'autre conjoint demande à se remarier en France, sa demande sera reçue et l'ordre public n'interviendra pas. Au contraire, s'il avait demandé le divorce en France pour la même raison, on le lui aurait refusé au nom de l'ordre public. Entre les deux situations, la différence est purement temporelle; dans le premier cas le divorce *a été* prononcé, dans le deuxième, il *n'est pas encore* prononcé. Cette intervention incontestable du facteur temps explique, sans le justifier, le recours aux principes de solution des conflits de lois dans le temps.

Il y a bien un conflit de lois dans le temps, greffé sur une solution anormale du conflit de lois dans l'espace. Et la jurisprudence règle ce conflit de lois dans le temps comme les autres, en distinguant la source du droit (prononcé du divorce) qui est soumise à la loi ancienne, et le contenu du droit (droit de se remarier) qui est soumis à une autre loi. Ce qui est exceptionnel, c'est que ce conflit dans le temps d'un type très spécial n'apparaît que lorsque la solution normale du conflit de lois dans l'espace est écartée pour une raison d'ordre public. Plaçons-nous en effet dans l'hypothèse

normale où l'ordre public au sens du droit international privé n'a pas à jouer; alors aucune distinction n'est faite entre les deux cas suivants : premier cas; deux époux de même nationalité viennent demander le divorce en France. Le juge français appliquera à ce divorce leur loi nationale étrangère, que nous supposons au moins aussi restrictive que la nôtre. Deuxième cas : un étranger demande à se remarier en France et invoque pour cela un jugement de divorce intervenu dans son pays et qui le libère des liens matrimoniaux dans lesquels il était engagé. Pour apprécier le bien-fondé de cet argument, le juge français, s'il en est saisi, consultera encore la loi nationale de cet étranger. La seule influence du facteur temps serait que le juge français, au cas où la loi nationale de cet étranger aurait changé entre le jour du divorce et le jour où il est saisi, consulterait la loi étrangère ancienne, si c'est bien celle-ci qui était compétente au regard du droit transitoire de cet Etat étranger. Mais dans la solution du conflit de lois dans l'espace proprement dit (loi nationale de l'étranger ou loi du for), le facteur temps ne joue aucun rôle (44).

Mais ce facteur temps, qui avait été, en quelque sorte, étouffé par la considération primordiale du conflit de lois dans l'espace, réapparaît dès que la solution normale de ce conflit est écartée pour une raison d'ordre public. A ce moment on découvre que la loi nationale étrangère, selon laquelle avait été prononcé le divorce de ces étrangers, était compétente à un double titre : au titre du droit international privé (en tant que loi nationale), et (en tant que loi ancienne) au titre d'un droit transitoire qui la désignerait en utilisant la fameuse distinction entre source et contenu du droit, distinction écartée en l'espèce par le droit international privé, mais qui était simplement masquée et restait en puissance. Au contraire, quand il s'agit de prononcer le divorce en France selon une loi étrangère, celle-ci n'est compétente qu'en vertu du premier de ces titres.

Or, par hypothèse, ce titre (compétence en vertu du droit international privé) est anéanti par l'intervention de l'ordre public. Il ne reste plus que le second (la compétence en vertu de ce droit transitoire que nous cherchons à déterminer), qui ne pourrait céder

(44) La distinction entre la création des droits et leur efficacité non plus. En effet, c'est une remarque qui a été faite (BATIFFOL, *Cours doctorat*, 1955-56, non publié) qu'en droit international privé, le statut personnel consacre une confusion entre les effets des droits et leur source : les effets du mariage sont soumis à la même loi que le mariage lui-même, exception faite des conditions de forme, etc...

que sous la pression d'un nouvel ordre public, d'un genre encore plus virulent. Cette résurrection quasi miraculeuse du conflit de lois dans le temps paraît déjà quelque peu artificielle. Si l'on examine d'un peu plus près les éléments en présence dans ce conflit, l'artifice apparaît encore davantage. Résoudre un conflit de lois, c'est choisir entre deux ou plusieurs lois qui se trouvent sur le même plan celle qui paraît la plus apte à régir une certaine situation. Or, ici, quelles sont les lois en présence ? C'est d'une part la loi nationale étrangère, selon laquelle le divorce a été prononcé, et qui a seulement pour titre de compétence l'ancienneté de la situation qu'elle a réglée, et non plus les règles de conflit dans l'espace que l'ordre public a eu pour rôle d'écarter. D'autre part, c'est la loi du for, qui a triomphé de la loi étrangère compétente en vertu du système de solution des conflits dans l'espace, grâce à l'intervention d'un ordre public territorial. Nous avons donc deux lois dont les titres de compétence ne se situent pas sur le même plan, l'un étant d'ordre temporel et l'autre d'ordre territorial.

La jurisprudence prétend trouver le lien entre ces deux plans dans une nouvelle notion d'un ordre public, en quelque sorte diagonal, qui serait à la fois moins vaste et plus irréductible que l'ordre public capable en droit interne de faire remonter le champ d'application dans le temps d'une loi au delà de sa limite normale, et en droit international privé de faire écarter l'application par le juge français d'une loi étrangère normalement compétente. Ce superordre public, qui coifferait à la fois l'ordre public des conflits de lois dans l'espace et l'ordre public des conflits de lois dans le temps, ne nous paraît mériter aucune consécration. Si en effet on a pu comparer la technique de l'ordre public dans les deux domaines, technique qui consiste à faire échec à la règle de conflit, aucun parallèle ne peut être établi en ce qui concerne leur contenu, car les buts sont différents. Dans les conflits dans le temps, l'ordre public répond le plus souvent à un besoin d'unité de la législation; dans les conflits dans l'espace, à un réflexe de défense. Aussi son contenu est-il tout à fait différent : ainsi la loi de 1816, qui fut d'ordre public dans les conflits dans l'espace, ne le fut pas dans les conflits dans le temps; ainsi la loi du 17 juillet 1956, modifiant l'article 840 du Code rural et limitant les motifs de non-renouvellement des baux ruraux est d'ordre public dans les conflits dans le temps (elle est en effet, contre toutes les règles, applicable aux instances en cours dans lesquelles n'est pas intervenue une décision passée en force de chose jugée), mais elle n'est sûrement pas d'ordre public au sens du droit international privé : on veut dire par-là que si par hasard un juge français avait à connaître d'un bail

conclu sur un immeuble étranger selon une loi étrangère qui serait contraire à l'article 840 nouveau du Code rural français, il n'imposerait pas l'application de cet article au nom de l'ordre public. Les deux problèmes sont indépendants et prétendre s'inspirer dans l'un des solutions concrètes (et non plus seulement techniques) de l'autre conduit nécessairement à un résultat hybride.

La critique que nous venons de faire n'est-elle qu'académique ? Même si l'on admet que l'on a été trompé en la matière de l'ordre public par la fausse analogie des problèmes en présence, ne peut-on pas reconnaître une vertu à l'usage dans cette matière de la distinction entre la création des droits et leur efficacité ? Nous allons voir que, là encore, la réponse est négative.

II. — *La distinction utilisée est inadaptée aux problèmes qu'elle doit résoudre.*

33. — Nous n'avons pas l'intention d'entreprendre ici la critique de cette distinction en tant qu'elle sert de principe de solution aux conflits de lois dans le temps. Ce serait faire preuve d'une excessive témérité que de prétendre revenir ici sur les immenses progrès réalisés par les derniers résultats de la recherche doctrinale en cette matière. Nous voulons simplement critiquer l'utilisation de cette distinction dans le domaine particulier de l'ordre public en droit international privé. Cependant nous ne pourrions pas cacher que cette distinction se heurte à des difficultés propres; mais nous montrerons que les éléments qui, dans les conflits dans le temps, permettent, sinon de les résoudre, du moins de les affaiblir, ne se retrouvent pas dans les conflits dans l'espace. Ce sera notre premier point. D'autre part, nous verrons que la notion d'acquisition de droit soulève des difficultés particulières dans les rapports internationaux, non pas sur le point de savoir si une situation acquise à l'étranger mérite bien d'être considérée comme un *droit* acquis (ces difficultés ont été tranchées par les formules de M. Roubier) mais sur le point de savoir si cette situation peut vraiment être considérée comme *acquise*.

34. — Les premières difficultés auxquelles nous venons de faire allusion ont été mises en lumière par Bartin. Selon ce grand auteur, le rôle du juge français est le même, qu'il applique la loi étrangère à la création d'un droit ou qu'il tire la conséquence d'un droit acquis à l'étranger. Et Bartin donne l'exemple suivant (45) :

(45) *Principes de droit international privé*, T. III, I, § 98.

« Si la femme, régulièrement divorcée à l'étranger, avait une hypothèque légale sur les immeubles français de son mari, que cette hypothèque ait été inscrite, et que la femme divorcée en refuse la radiation à son mari, celui-ci sera bien obligé de recourir à la juridiction française pour l'obtenir, et la juridiction française la prononcera, puisqu'il ne s'agit ici que de tirer une conséquence du divorce prononcé à l'étranger. On peut se demander en quoi cette collaboration de la juridiction française à la radiation, qui achève d'effacer les conséquences du mariage, diffère de la collaboration qu'elle refuse au divorce qui le dissout; l'une et l'autre, en bonne logique, se valent. » (46)

De même, on peut se demander pour quelle raison profonde un juge français accordera l'exequatur à un jugement allemand condamnant un Allemand à une pension purement alimentaire envers un enfant mineur sur la base du *B.G.B.*, alors que, ce qui reviendrait pourtant exactement au même, il refusera de condamner directement cet individu à la même pension alimentaire (47). C'est à cette difficulté qu'avait cédé l'arrêt précité de la Cour de Colmar du 24 mars 1931, en refusant d'avoir deux mesures pour l'ordre public, l'une envers la création de droit en France, et l'autre envers l'effet en France de ce droit créé à l'étranger (48). Cette critique est si grave qu'elle risque d'ébranler le bien-fondé de la distinction, même dans les conflits dans le temps. Il suffit de supposer que *Bartin*, au lieu d'avoir cité le cas d'une femme régulièrement divorcée à l'étranger, ait envisagé le cas d'une femme régulièrement divorcée en France avant 1816, et l'on mesure alors la portée de sa critique.

35. -- Cependant les conditions ne sont pas les mêmes dans les deux sortes de conflits. Tout d'abord, si dans les conflits dans le temps le juge n'applique pas la loi nouvelle à une situation créée sous l'empire de la loi ancienne, ce n'est pas en vertu d'une atténuation des effets de l'ordre public, mais parce que la règle de conflit dans le temps lui ordonne d'agir ainsi. Nous avons assez

(46) Cf. l'intervention de M. MAZEAUD dans la discussion au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1948-1952, p. 207 : « Comment ? le droit de se remarier ne serait pas un acte d'exécution (du divorce) tandis que la simple transcription d'un jugement le serait ? Ce sont là des notions qui ne répondent à rien... »

(47) Cet exemple a peut être perdu aujourd'hui sa valeur de droit positif. On ne sait pas encore si les tribunaux français ont modifié leur attitude vis-à-vis de ces textes allemands depuis les lois françaises de 1955 et 1956 sur les enfants naturels et adultérins. Quoi qu'il en soit, la valeur démonstrative de l'exemple reste entière.

(48) Voir *supra*, n° 24.

insisté sur cette observation pour n'y plus revenir. D'autre part, si le législateur doit respecter les situations créées sous l'empire de la loi qu'il abroge, c'est que de sérieuses considérations pratiques l'obligent à agir ainsi, considérations qui ne se retrouvent pas dans les conflits dans l'espace.

1° Une loi nouvelle sur le droit des personnes, par exemple, concerne immédiatement un nombre incalculable de personnes. Qu'on songe au bouleversement qui se produirait si toutes les situations de famille de la grande majorité des Français devaient être remises en cause au même moment, et à chaque changement de lois. On peut dire, quel que soit le caractère prétentieux de cette formule, que le respect du passé est une impérieuse nécessité pour le législateur, s'il veut ménager l'avenir.

Au contraire, dans les conflits dans l'espace, le nombre des personnes intéressées est bien moindre. Si en puissance, il s'agit de toutes les personnes du monde, en fait, ce ne sont que des cas, très intéressants certes, mais peu nombreux, qui, en tout cas, ne justifient pas que, pour eux, on déroge au bon sens et à la logique, d'autant plus que, ne l'oublions pas, c'est ici l'ordre public qui est en jeu.

2° Entre la loi ancienne et la loi nouvelle, il n'y a pas de différence de souveraineté. On comprend donc que le législateur ait quelque scrupule à revenir rétroactivement sur ce qu'il avait décidé quelques années auparavant. Peut-être convient-il de ne pas exagérer cette personnalisation du pouvoir législatif, dont les titulaires se renouvellent avec une extrême rapidité, mais il n'empêche que la continuité de l'Etat et de la vie publique s'impose à tout législateur.

Au contraire, il n'y a rien de tel pour les conflits dans l'espace. Le respect de la souveraineté étrangère s'arrête à nos frontières, au moins quand les lois de cet Etat étranger sont contraires à notre ordre public. Quand une notion si importante est en cause, les distinctions aussi subtiles que celle que nous envisageons ne sont plus de mise.

36. — Ces obstacles ne sont pas les seuls que rencontre la distinction entre la création des droits et leur efficacité dans les conflits de lois dans l'espace, et nous avons annoncé un deuxième groupe de difficultés concernant la question de savoir si on peut dire qu'une situation a été vraiment acquise à l'étranger. Il ne s'agit pas de savoir *quand* le droit a été véritablement acquis, encore que,

là aussi, la question ne soit pas toujours aisément soluble (49). La difficulté que nous voulons examiner est née de l'attitude de la jurisprudence française. Celle-ci distingue, en effet, selon les modes d'acquisition du droit à l'étranger. Certains droits sont acquis directement par l'effet de la loi, d'autres ne sont acquis que par l'intermédiaire d'une décision judiciaire. Voici un étranger, marié, qui s'installe provisoirement en France. Au bout d'un certain temps, il assigne son conjoint en exécution des charges du ménage; ce faisant, il exerce simplement un droit acquis à l'étranger, de par son mariage, et il ne rencontrera pas de difficultés, même si son mariage n'avait pu être célébré en France. Prenons maintenant l'exemple d'un Belge qui a obtenu du tribunal de Bruxelles un jugement de condamnation pécuniaire contre un de ses compatriotes. Mais, comme le défendeur a la plus grande partie de ses biens en France, le demandeur cherche à y saisir-arrêter certaines créances dont son adversaire est bénéficiaire. A première vue, il semble qu'il invoque pour cela un droit acquis. En effet, le tribunal de Bruxelles ne lui a-t-il pas reconnu légalement ce droit ? Pourtant, s'agissant d'un jugement étranger, le droit français est bien plus exigeant; il faut que les tribunaux français soient à nouveau saisis de la question, ou tout au moins du jugement étranger. Ce jugement sera soumis au contrôle du juge français, qui portera sur la compétence, et du juge belge, et de la loi qu'il a appliquée, sur la régularité de la procédure, et sur la non-contrariété à l'ordre public français.

On dit parfois qu'en matière d'exequatur, l'ordre public est seulement atténué, car il s'agit d'un droit acquis à l'étranger (50). Si elle est parfaitement logique, la formule n'est que partiellement exacte. Elle l'est quand il s'agit d'une décision relative à l'état des personnes; en effet, ces décisions, ayant normalement effet en France indépendamment de tout exequatur sont considérées comme des droits acquis et l'ordre public ne joue pas contre elles; aussi est-il normal qu'au cas où elles ont cependant besoin de l'exequatur (coercition sur les personnes ou exécution sur les biens), on ne se montre pas plus sévère que dans les autres cas. Mais la question demeure entière pour les autres hypothèses. La Cour de

(49) Souvent il y a plusieurs temps dans l'acquisition d'un droit; soit un contrat de constitution de rente viagère; la source d'acquisition du droit aux arrérages est-elle dans le contrat lui-même, ou dans la survenance de chaque échéance ? Au reste, ces problèmes ne sont pas propres aux conflits de lois dans l'espace et finissent d'ailleurs par être résolus.

(50) Cf. BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n° 745, 4°.

cassation fut autrefois saisie (51) de l'exequatur d'un *convenio* portugais qui diminuait considérablement les droits de certains créanciers de la *Société des chemins de fer portugais*. L'ordre public devait-il conduire à refuser l'exequatur ? Cette question a divisé la Cour suprême. Si l'on considérait que la situation de la société portugaise correspondait à la situation française de la faillite, l'ordre public ne devait pas intervenir. Si, au contraire, cette société était dans une situation de droit commun, l'ordre public devait jouer. Après une longue et intéressante discussion (52), la Cour a admis la seconde hypothèse et a refusé l'exequatur. Mais le moins qu'on puisse dire est que la question était fort controversée et que c'était le moment ou jamais de faire jouer l'idée d'atténuation des effets de l'ordre public, puisqu'il s'agissait d'un droit acquis régulièrement à l'étranger. Ceci est d'autant plus vrai qu'en l'espèce la loi étrangère n'était pas choquante au point de justifier une exception à la règle selon laquelle l'ordre public n'intervient pas contre un droit acquis à l'étranger. Il semble donc que la Cour de cassation, en refusant ici l'exequatur, ait entendu montrer qu'il ne s'agissait pas là pour elle d'un droit véritablement acquis.

Aussi devons-nous constater que la Cour de cassation a deux mesures du droit acquis, selon que le droit a sa source dans la loi ou dans la jurisprudence étrangères. Pour faire jouer l'ordre public, elle ne s'attache pas seulement au contenu de la loi étrangère, mais aux conditions d'acquisition du droit, et montre plus de confiance dans un droit acquis à l'étranger *ex lege* que dans un droit acquis *ex judicio* (53). Il y a là une contradiction si évidente qu'un esprit de la classe de Bartin devait avouer qu'il n'arrivait pas à la résoudre (54).

« En somme, nous n'arriverons pas à résoudre la contradiction certaine qui résulte, dans la jurisprudence française, de l'effet international en France du divorce prononcé ou de la filiation naturelle établie à l'étranger, contrairement à l'ordre public français, d'une part — et du refus d'*exequatur* opposé en France à des jugements étrangers contraires, soit par la procédure qui les a précédés, soit même par leur dispositif, à l'ordre public français, d'autre part. Nous sommes ici en présence de deux jurisprudences contraires, sur des points différents, sans doute, mais dans le même

(51) Civ., 22 mars 1944, *Revue*, 1946.107, rapport LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, note NIBOYET.

(52) Voir *infra*, n° 146 et suiv.

(53) Pour un autre exemple, voir *infra*, n° 140.

(54) *Principes de droit international privé*, I, 212.

ordre d'idées, sans qu'il soit possible de tracer une ligne précise entre le domaine de l'une et le domaine de l'autre. Je ne puis me résoudre à formuler cette contradiction, dans un exposé de principes, qu'en faisant appel de nouveau à la notion fondamentale de la mobilité arbitraire des dispositions d'ordre public international, dans la jurisprudence française, et, je pense, dans toute jurisprudence absolument. »

Nous nous sommes efforcé, jusqu'ici, de déterminer les raisons pour lesquelles la distinction entre la création des droits et leur efficacité ne pouvait conduire à de bons résultats dans le domaine qui nous occupe. Maintenant, il nous faut rechercher ce qu'ont été en fait ces résultats, et s'ils vérifient notre pronostic assez sombre.

B. — CRITIQUES D'ORDRE PRATIQUE.

37. — La doctrine de l'effet atténué de l'ordre public se heurte à des difficultés pratiques insurmontables. En effet, à partir du moment où l'on admet que « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger, et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français », la première question qui se pose est de savoir en quoi consiste cette différence de réaction. Il s'agit d'une différence de degré dans l'effet de l'ordre public et, par conséquent, dans sa teneur. Pour mettre obstacle à l'effet d'un droit acquis sans fraude à l'étranger, l'ordre public doit remplir une fonction plus intense, plus exigeante que pour écarter la loi étrangère susceptible d'intervenir dans l'acquisition d'un droit en France (55). Il en résulte que nécessairement la doctrine de l'effet atténué de l'ordre public repose sur une classification fonctionnelle des cas d'intervention de l'ordre public. Une telle classification est-elle pratiquement viable ? En trouve-t-on les traces dans la jurisprudence ?

1° *Une classification fonctionnelle des cas d'intervention de l'ordre public est-elle viable ?*

38. — Les plus récents traités de droit international privé font une description rapide des domaines touchés par le phénomène

(55) Le désaccord sur la portée de la notion d'effet atténué de l'ordre public et sur la valeur de la distinction entre l'effet atténué et l'effet plein de l'ordre public est apparu très nettement dans une récente discussion du Comité français de droit international privé. Voir *Travaux* de ce comité, 1955.57, pp. 171 à 174. Voir encore LENOAN, note au D. 1958, p. 265.

de l'ordre public, et ils les classent autour de deux idées : parfois la loi étrangère est écartée parce qu'elle est contraire au droit naturel en général, par exemple une loi étrangère admettant le principe de l'esclavage. Parfois on refuse de l'appliquer parce qu'elle est seulement contraire au but politique ou social recherché par le législateur du for, par exemple une loi qui admettrait le divorce en dehors des cas prévus par la loi française (56). Voilà donc l'idée; tantôt l'accent est mis sur l'aspect moral du problème et tantôt sur son aspect politique. Cette distinction, qui n'a eu jusqu'ici qu'un intérêt purement descriptif, peut-elle servir à délimiter les cas où l'ordre public intervient seulement pour empêcher l'acquisition de droits en France, et les cas où il va jusqu'à paralyser les effets d'une situation acquise à l'étranger ? Théoriquement cela paraît tout à fait concevable. En matière politique, même en prenant ce mot dans un sens très large, le facteur temps joue un rôle fondamental. On ne peut pas envisager du même oeil une situation déjà consacrée par le temps et une situation en devenir. Prenons une comparaison dans le domaine politique proprement dit. Supposons un Etat qui possède deux colonies. Il accorde l'indépendance à l'une d'entre elles, puis, quelques années après, la seconde colonie, qui se trouve alors dans les mêmes conditions que la première lorsqu'elle obtint son indépendance, réclame à son tour la sienne. L'Etat métropolitain estime qu'à l'heure actuelle ces conditions ne sont plus suffisantes pour mériter l'indépendance. Il est bien évident qu'il sera moins difficile à cet Etat de refuser l'indépendance réclamée par la seconde colonie que de revenir sur l'indépendance accordée à la première.

Au contraire, quand ce sont des principes de haute morale qui sont en jeu, il semble que le temps ne fasse rien à l'affaire. Il est pour nous tout aussi choquant de voir un individu se prévaloir en France d'un contrat de vente d'esclave conclu bien antérieurement à l'étranger, que de le voir conclure ce contrat directement en France. Aussi peut-on dire qu'en principe, lorsque l'ordre public intervient pour une raison de droit naturel, il doit intervenir aussi bien contre l'acquisition d'un droit en France que contre l'effet en France d'un droit acquis à l'étranger.

(56) Voir LEREBOURS-PICEONNIÈRE, *Précis*, 6^e éd., n° 270; BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n° 359 et suiv.; dans un sens un peu différent : MEZGER, étude non publiée, citée par MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, p. 110. Cf. DÖLLE, *Der Ordre public im internationalen Privatrecht*, p. 401. Adde FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, n° 33 et suiv.

39. — A ce moment précis une question préalable doit être tranchée. Est-il possible, en droit positif, de faire appel à la notion de droit naturel ? C'est un problème très vaste, que nous n'avons pas l'intention d'approfondir. Rappelons seulement l'argumentation qui est souvent avancée contre cette intervention (57). On dit que le droit naturel n'est pas une source autonome de droit et que l'on ne peut pas obliger le juge à distinguer parmi ses propres lois celles qui sont inspirées par le droit naturel, des autres, dont le fondement serait moins élevé, car ce serait contraindre le magistrat à porter un jugement de valeur sur les lois qu'il est chargé d'appliquer et à empiéter par conséquent sur un domaine qui n'est pas le sien. Nous ne pensons pas que ces arguments soient convaincants. Tout d'abord l'objection que le droit naturel n'est pas en lui-même une source autonome de droit ne porte pas, car il est bien évident que le juge français ne pourra écarter au nom de l'ordre public une loi étrangère contraire au droit naturel que pour autant qu'il existe en droit français une disposition positive qui traduise ce droit naturel. D'autre part si l'on interdit au juge de porter un jugement de valeur sur ses propres lois, comment peut-on lui permettre de distinguer entre les lois qui sont d'ordre public et celles qui ne le sont pas ? Dans la doctrine que nous envisageons, ces jugements de valeur sont répartis en deux phases : 1° la loi française est-elle d'ordre public au point qu'elle empêche l'acquisition en France d'un droit reconnu par une loi étrangère ; 2° dans l'affirmative, peut-elle aller jusqu'à refuser d'accorder effet en France à un droit acquis à l'étranger. Il n'y a aucune raison d'affirmer que ce jugement de valeur est permis dans le premier cas et interdit dans le second. Par conséquent, ce ne sont pas des objections de cet ordre qui vont nous conduire à rejeter cette classification des fonctions de l'ordre public.

40. — Les difficultés vont commencer quand on va chercher à préciser dans quels cas l'ordre public intervient pour une raison de droit naturel, et dans quels cas il intervient pour une raison politique. A première vue, ces difficultés paraissent insurmontables. Nous avons en effet un précédent en la matière : celui de l'article 11 du Code civil. Quand on cherchait à définir les droits dont les étrangers pouvaient se prévaloir en France en l'absence de traités, on eut l'idée de distinguer les droits purement « civils »

(57) Voir RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., 1949, n^{os} 7-12 et 207-209.

et les droits proprement « naturels », qui seuls pouvaient être reconnus aux étrangers. Et l'on sait qu'en fait, il n'y eut aucune répartition rationnelle entre ces deux catégories, mais absorption des droits « civils » par les droits « naturels », puis, finalement, abandon de la distinction. Ici, la question se pose dans des termes un peu différents. L'aptitude de l'étranger à jouir des droits « naturels » n'est pas contestée. Il s'agit simplement de savoir : 1° si cette loi étrangère reconnaît tous les droits que la loi du for estime inhérents à la personne humaine; 2° si elle n'établit pas des prérogatives qui sont contraires aux droits sacrés de cette personne humaine; 3° si l'aménagement que cette loi étrangère apporte aux droits qu'elle établit n'est pas contraire au droit naturel. Lerebours-Pigeonnière prétendait trouver dans la jurisprudence française un arrêt qui avait rejeté l'application de la loi anglaise au motif que celle-ci ignorait le droit « naturel » et imprescriptible qu'une mère a de reconnaître son enfant naturel (58). Lerebours-Pigeonnière estimait que la liste de ces droits « naturels » pouvait être recherchée dans cette déclaration. Quoi qu'il en soit de cette interprétation, au moins contestée (59), de l'arrêt *Fontaine*, nous ne pouvons la prendre en considération, car dans cette hypothèse, il s'agit seulement de l'acquisition d'un droit en France, et non de l'effet en France d'une situation acquise à l'étranger (puisque, par hypothèse, cette situation n'a pu être acquise à l'étranger, et on admettra sans doute que l'on ne peut pas parler raisonnablement de droit acquis à ne pas être reconnu). La question ne se pose donc que pour les hypothèses 2 et 3 que nous avons mentionnées. Mais en fait le droit à l'état pur est inséparable de sa réglementation légale, et nous ne les séparerons pas. Recherchons donc si, parmi les droits reconnus par une loi étrangère et contraires à notre ordre public, on peut distinguer ceux qui heurtent un principe de droit naturel et ceux qui s'opposent simplement à une politique législative.

41. — Un rappel de l'évolution historique va nous montrer l'aspect composite du fondement du caractère d'ordre public de la plupart des institutions. C'est aujourd'hui une banalité d'affirmer la place importante de l'ordre public dans la jurisprudence française. Cette extension est due sans aucun doute à un souci

(58) Civ., 8 mars 1938, *Fontaine*, *Revue*, 1938.553, note BATIFFOL; D.P. 1939. I.117, note NAST. Cf. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, T. I, pp. 255-270.

(59) *Infra*, n° 123.

de protection que l'appauvrissement consécutif à deux guerres coûteuses a rendu nécessaire. Qu'on songe aux lois monétaires et aux lois sur le contrôle des changes. Il est certain que la plupart de ces cas nouveaux d'ordre public sont dus à des raisons d'ordre politique. Voilà donc un premier point que cette classification permet de tenir. Mais en même temps que le besoin de protection conduisait le juge français à un certain nationalisme dans tous les domaines, et à une relative phobie des lois étrangères, un phénomène plus profond se produisait. C'est la transformation progressive du fondement du caractère d'ordre public de certaines institutions. Plaçons-nous au XIX^e siècle, peu avant la loi qui réintroduisit le divorce en France; pour beaucoup, l'abolition du divorce, à ce moment, n'était plus qu'une séquelle de la politique prétendument réactionnaire de la Restauration. Au contraire, sous l'Ancien Régime, la prohibition du divorce correspondait à l'ordre divin et à l'ordre naturel, d'après lesquels seule la mort pouvait séparer l'homme et la femme que Dieu et la nature avaient solennellement unis. Ainsi la laïcisation progressive de notre droit a dépouillé certaines institutions du caractère moral et religieux dont elles étaient auparavant revêtues. En 1884, la loi réintroduit le divorce en France, mais le subordonne à certaines conditions. Cette limitation des causes du divorce semble inspirée de considérations plus pratiques que morales. On veut peut-être éviter, en écartant le divorce par consentement mutuel, une crise démographique qu'une dissolution générale des familles ne manquerait pas de provoquer. Peut-on dire pour autant que la morale et le droit naturel n'aient plus leur place dans la réglementation des causes du divorce? Certainement pas; quand notre droit interdit le divorce pour maladie grave de l'un des conjoints, il obéit à cette règle de droit naturel selon laquelle chaque époux doit être le protecteur de l'autre, et selon laquelle, par conséquent, il ne faut pas séparer les époux juste au moment où cette obligation a l'occasion de s'exécuter. On peut donc écrire sans risque qu'une loi étrangère admettant le divorce plus largement que nous ne le faisons heurte notre ordre public, tant dans ses éléments politiques que dans ses éléments moraux.

Au reste, l'évolution que nous venons de décrire ne s'est pas faite à sens unique. Si, abandonnant l'exemple du divorce, on envisage maintenant l'autre intervention classique de l'ordre public, à savoir la filiation naturelle, on constate un phénomène inverse. Sous l'Ancien Régime, la recherche de la paternité naturelle est autorisée, mais celle-ci reste sans grandes conséquences. Sous la Révolution et le Code civil, au contraire, de très larges effets sont

reconnus à la filiation naturelle, mais la recherche de la paternité est finalement interdite. Ces législations successives semblent contradictoires; en fait elles répondent toutes les deux à la même politique législative, la protection de la famille légitime, qui doit servir de modèle à tous les candidats à la paternité et à la maternité. Mais voici que l'opinion publique s'émeut du sort misérable de certains enfants naturels qui fait contraste avec l'opulence de leurs parents et de leurs demi-frères ou sœurs légitimes. L'optique du législateur se déplace, et passe progressivement de la considération de la famille légitime en tant que cellule sociale à la considération de l'enfant naturel en tant que personne humaine. Des mesures sont prises pour donner satisfaction aux droits naturels de l'enfant illégitime. Cependant la considération, plus politique, de la famille légitime n'a pas disparu, puisque d'importantes différences subsistent entre les enfants naturels et les enfants légitimes. Le statut des enfants naturels nous apporte donc un nouvel exemple d'institution à fondement mixte. Ces exemples pourraient être multipliés dans tous les domaines où l'ordre public a l'occasion d'intervenir. Qu'on songe seulement aux justifications de tous ordres que l'on peut donner tant du droit de propriété que des actes d'expropriation.

Il ne semble donc pas possible, dans la pratique, de distinguer entre les cas d'intervention de l'ordre public inspirés par le droit naturel et ceux qui sont inspirés par de simples raisons politiques, parce que, d'une part, les deux buts peuvent coexister, et que, d'autre part, d'éternelles contestations sont possibles, concernant le but qui doit l'emporter. Un examen de la jurisprudence française va d'ailleurs nous montrer que les observations qui précèdent sont pleinement fondées, et que la prétendue distinction entre la création des droits et leur efficacité n'a pas pu être utilisée dans le sens relatif que l'on visait en parlant d'effet simplement atténué de l'ordre public.

II. — *La jurisprudence et l'ordre public à l'encontre des droits acquis à l'étranger.*

42. — En effet, nous n'avons que très peu d'exemples de jurisprudence nous montrant une intervention de l'ordre public à l'encontre de droits acquis à l'étranger, au moins dans les conflits de lois dans l'espace du type normal.

Les auteurs pourtant citent de nombreux arrêts en ce sens. Par exemple, M. Batiffol et Lerebours-Pigeonnière citent en premier lieu l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du

14 mars 1939 (60) ; cet arrêt serait un exemple d'intervention de l'ordre public à l'encontre d'un droit acquis à l'étranger. Les faits simplifiés étaient les suivants : la *Société Potasas Ibericas*, propriétaire de potasses, en avait été dépouillée sans indemnité par un acte purement administratif du gouvernement de Catalogne, au début de la guerre civile espagnole. Puis, le possesseur de ces potasses les avait transmises en France au *sieur Nathan Bloch*. Par la suite, après que ces potasses eurent quitté le territoire espagnol et furent arrivées en France, un décret du gouvernement de la République espagnole a ordonné la prise de possession provisoire moyennant promesse d'une indemnité, des biens de la *société Potasas Ibericas*, et une ordonnance de la généralité de Catalogne, promulguée peu après, précisait que les mesures édictées au sujet des exploitations de mines de potasse, manifestement illégales, produiraient effet à compter d'une date largement antérieure à l'« *incautación* » des biens de la société demanderesse. C'était donc une validation rétroactive de la saisie antérieure. En France, le procès se déroule entre l'acquéreur *Nathan Bloch* et la société expropriée qui revendique la propriété des potasses se trouvant en France. La Chambre civile, cassant un arrêt de la Cour de Montpellier du 24 novembre 1937, a écarté les mesures espagnoles de confiscation et accueilli la revendication de la société.

Mais on ne peut pas conclure de cette solution à une intervention de l'ordre public à l'encontre de droits acquis à l'étranger. Tout d'abord, fait symptomatique, le mot d'ordre public n'est pas prononcé une seule fois dans l'arrêt ; c'est qu'en effet cette notion n'avait pas à jouer. Les juges étaient saisis du sort de meubles situés en France ; la loi applicable était donc la loi française, en l'espèce l'article 2279 du Code civil. Les juges devaient donc rechercher si les conditions d'application de cet article étaient réunies, et c'est d'ailleurs ce que fait la Chambre civile dès le début de son arrêt :

« Vu l'article 2279, § 1, du Code civil, ensemble l'article 545 du même Code ; Attendu que si le porteur d'un connaissance endossé à son ordre est autorisé à se prévaloir de l'article 2279 du Code civil pour obtenir, nonobstant l'opposition de ceux qui en revendiquent la propriété, livraison des marchandises qui y sont mentionnées et dont les opposants prétendent avoir été dépouillés sans droit, c'est sous réserve que la possession dont il entend bénéficier soit exempte de vices, notamment qu'elle ne revête pas un

(60) *Soc. Potasas Ibericas c/ Nathan Bloch*, S. 1939.I.182, *Revue*, 1939.280.

caractère équivoque, et que son origine n'apparaisse ni obscure, ni suspecte. »

Or, en l'espèce, la possession de *Nathan Bloch* était au moins obscure, sinon suspecte, puisqu'aucune mesure légale n'était intervenue au moment de l'expropriation, et tant que les marchandises se trouvaient encore en territoire espagnol. Quant à la loi espagnole rétroactive, elle ne pouvait trouver application sur des biens situés en territoire français. Bien loin de consacrer l'application forcée de la loi française à des droits acquis selon la loi espagnole, cet arrêt écarte l'application d'une loi espagnole qui porterait atteinte à des droits acquis en France : « Le caractère rétroactif d'une telle disposition, ne saurait, au regard de la législation française, produire effet à l'encontre de droits acquis, notamment en ce qui concerne des marchandises antérieurement débarquées sur le territoire français. »

Sans doute cet arrêt pose-t-il le principe « que les tribunaux français ne sauraient reconnaître aucune dépossession d'un droit de propriété en dehors du consentement du propriétaire, sans une juste et préalable indemnité ». Sans doute la force de ce principe peut-elle inciter à penser que la loi française qui le contient réagirait même contre un droit acquis à l'étranger. Mais on ne peut pas dire que l'arrêt *Potasas Ibericas* soit en droit positif un exemple net d'une telle réaction : si, *in extremis*, l'arrêt semble raisonner en faisant appel à l'ordre public c'est de façon très imprécise, et à titre tout à fait accessoire, le résultat étant acquis à l'issue du premier raisonnement de l'arrêt.

43. — Peut-être nous accusera-t-on d'avoir choisi un arrêt par trop favorable à la thèse que nous défendons. Dans l'arrêt précité, en effet, la saisie des biens n'était même pas valable d'après le droit étranger, au moment où elle était faite, puisqu'il a fallu une loi postérieure pour la valider rétroactivement. Mais il n'en est pas toujours ainsi, et l'on peut supposer que la mesure légale d'expropriation a été prise au moment où les biens se trouvaient sur le territoire de l'Etat expropriant, et qu'ensuite ces biens ont été transférés dans un pays qui n'admet pas ces mesures, par exemple en France. Il est très probable que les tribunaux français maintiendraient leur position traditionnelle et refuseraient de reconnaître les effets en France de la dépossession survenue à l'étranger.

Voilà bien, semble-t-il, qui justifie, en pratique, la doctrine de l'effet simplement atténué de l'ordre public en matière de droits acquis à l'étranger. Mais la situation que nous venons de décrire est-elle raisonnablement semblable, *mutatis mutandis*, à

celle d'un divorce prononcé à l'étranger, et dont on demande l'effet en France ? Nous ne le pensons pas, et une rapide analyse va nous montrer qu'il ne s'agit pas de la même sorte de conflit de lois. Dans l'hypothèse du divorce étranger, le juge saisi constate tout de suite que la loi compétente est la loi étrangère, qu'elle l'a toujours été et le sera toujours pour régler cette situation. Au contraire, dans l'hypothèse que nous envisageons, le juge français, saisi d'un litige concernant un meuble sis en France, a dû appliquer d'abord la loi française, et c'est après coup, en cherchant si les conditions exigées par celle-ci (possession non équivoque, bonne foi, etc...) étaient réunies, qu'il a été conduit à examiner la loi étrangère. En d'autres termes, la loi étrangère puis la loi française ont été successivement applicables au même bien; c'est l'hypothèse classique du conflit dit mobile. Or c'est une observation qui a été faite depuis longtemps que le conflit mobile est tout à fait comparable au conflit de lois dans le temps, et que les mêmes règles de solution doivent être appliquées à ces deux sortes de conflits (61). Or, quand la loi nouvelle s'applique aux effets non réalisés de la situation acquise sous l'empire de la loi ancienne, ce n'est nullement en vertu de l'ordre public, mais par le jeu normal de la règle de conflit dans le temps. Le seul effet que puisse avoir l'ordre public dans les conflits dans le temps est d'aller à l'encontre d'un droit acquis sous l'empire de la loi ancienne; et l'on ne peut dire qu'il s'agit là d'un second degré dans son intervention. La notion d'effet atténué de l'ordre public est inconnue des conflits de lois dans le temps, et par conséquent, des conflits mobiles. L'analogie avec la situation du divorce prononcé à l'étranger n'est donc qu'apparente, et repose sur la confusion que nous avons déjà dénoncée, et qui consiste à appliquer à la solution anormale d'une certaine hypothèse (conflits de lois dans l'espace), les règles de solution normale de l'hypothèse correspondante (conflits de lois dans le temps).

44. — Il faut pourtant reconnaître que, si l'analyse de ces problèmes en un conflit mobile permet d'interpréter un grand nombre d'arrêts sans recourir à la théorie de l'effet atténué de l'ordre public, il n'en est pas toujours ainsi. Le célèbre arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 5 mars 1928 (62) n'est pas réductible à cette formule. Voici les faits : le décret

(61) Voir BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n° 320; FAHMY, *Les conflits mobiles*, Thèse Paris, 1951.

(62) Req., 5 mars 1928, U.R.S.S. c/ *Bourgeois* ès qualités et *Société La Ropit*, S. 1929.I.217, note AUDINET.

soviétique du 26 janvier 1918 a prononcé la nationalisation de la flotte marchande russe. Un peu après, des navires de commerce russes, ayant appartenu autrefois à une société privée, arrivent dans le port de Marseille où cette société les revendique. Son action est accueillie. La Chambre des requêtes fait en la forme une très exacte application de la théorie de l'effet simplement atténué de l'ordre public, selon laquelle l'ordre public peut intervenir dans des cas exceptionnels à l'encontre de droits acquis à l'étranger. Nous avons reproduit son attendu de principe *supra* n° 24.

Certes, il s'agit là, comme dans l'exemple précédent, de meubles saisis légalement dans un pays, et transférés ensuite dans un autre pays. Mais, en droit international privé, la notion de meuble est plus différenciée qu'en droit interne. Le navire est un meuble immatriculé, un meuble pourvu d'une nationalité. Son rattachement est constitué par cette nationalité (loi du pavillon) et non par sa situation matérielle. On ne peut donc pas considérer qu'en l'espèce la loi française ait été compétente pour régir les droits de propriété existant sur ce navire. Il n'y a pas de conflit mobile: il y a un conflit de lois dans l'espace du type normal, dans lequel l'ordre public intervient contre un droit acquis.

S'il y a par conséquent ici une application incontestable de la théorie, on doit cependant reconnaître que cette situation présentait avec celle qui a été décrite précédemment une analogie matérielle trop grande pour ne pas justifier une entorse au fonctionnement régulier des catégories du droit international privé. Si la Cour de cassation a donné cette réponse, c'est bien en raison de la localisation en France des navires litigieux. Elle a en quelque sorte considéré comme une loi de police et de sûreté le principe de droit français selon lequel nul ne saurait être dépouillé injustement de son bien. Loi de police, et non plus ordre public, obligeant tous ceux qui habitent le territoire, concernant tous les biens qui s'y trouvent matériellement situés. L'arrêt ne dit-il pas d'ailleurs expressément que l'article 545 du Code civil ne pourrait être écarté « sans troubler profondément l'ordre établi sur le territoire de la République » ?

45. — On invoque encore d'autres décisions (63) rendues en matière contractuelle. Il s'agissait en général d'engagements civils ou cambiaires soumis à une loi étrangère (la loi allemande), et dépourvus de cause, dont on demandait l'exécution en France.

(63) NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, T. III, n° 1049 et suiv.

Les tribunaux ont estimé qu'un engagement formé sans cause était contraire à l'ordre public français (64). Il nous suffit de citer quelques attendus du dernier jugement cité pour situer le problème :

« Attendu que s'il est admis en droit allemand en matière de lettre de change qu'une obligation de ce genre puisse être valable sans cause exprimée, il ne s'ensuit nullement que ce droit reconnaisse l'existence d'une obligation sans cause; qu'il paraît en effet impossible de concevoir dans l'ordre juridique l'existence d'une obligation consentie sans cause par un individu sain d'esprit et de volonté libre; qu'au surplus, cette idée d'engagement sans cause présente, avec nos conceptions en la matière, une incompatibilité telle que notre ordre public ne saurait s'en accommoder et qu'aucune juridiction française ne saurait appliquer une loi étrangère qui admettrait l'existence d'une obligation de ce genre. »

Tout d'abord, notons que cette référence à l'ordre public apparaît comme le type du motif surabondant. Il suffisait au tribunal pour annuler le contrat, de constater que les parties n'apportaient pas la preuve que le droit allemand validait cette obligation. D'autre part, même en admettant le bien-fondé de l'appel à la notion de l'ordre public, peut-on dire qu'il s'agissait là d'un droit acquis ? Si vraiment il s'agit ici de l'intervention de l'ordre public à l'encontre d'un droit acquis à l'étranger, on voit mal comment l'ordre public pourrait intervenir en matière contractuelle contre autre chose qu'un droit acquis à l'étranger, c'est-à-dire contre l'acquisition d'un droit en France, selon une loi étrangère. Il semble plutôt que la question ait été mal vue. En réalité, un contrat soumis à une loi étrangère peut faire l'objet d'un litige devant les tribunaux français dans deux séries d'hypothèses bien distinctes. Parfois, comme dans l'espèce, le litige naît à propos de l'exécution même du contrat, et c'est à ce moment que le défendeur invoque l'exception d'ordre public. Dans d'autres cas, un plaideur se prévaut en France d'un droit que lui a fait acquérir un contrat étranger déjà exécuté, et le défendeur invoque l'exception d'ordre public contre ce contrat, qui de par son exécution a épuisé tous ses effets, mais qui refléterait une conception de l'ordre juridique si exorbitante de la nôtre qu'on ne pourrait même pas le reconnaître en France. C'est seulement dans cette seconde hypothèse que l'on pourrait parler, à notre sens, d'intervention de l'ordre public à l'encontre de

(64) Trib. com. Seine, 27 nov. 1933, *Revue*, 1935.748; en appel, Paris, 28 fév. 1935, *ibid.* et en cassation, Req., 14 déc. 1937, *Nouv. Revue*, 1938.131. Adde Trib. civ. Seine, 5 juill. 1939, *Revue*, 1939.450, note NIBOYET.

droits acquis à l'étranger. Or on ne cite aucun arrêt en ce sens. On cite même, dans des pays étrangers, des arrêts en sens inverse. Des décisions anglaises ou nord-américaines, ont refusé de faire jouer l'ordre public contre des droits acquis en vertu de contrats pour le moins suspects (acquisition par l'intermédiaire d'esclaves par exemple) (65). C'était pourtant le moment ou jamais de faire intervenir l'ordre public contre un droit acquis.

46. — Il paraît donc possible de dire, après cet examen de la jurisprudence, que l'ordre public n'intervient qu'exceptionnellement à l'encontre d'un droit acquis à l'étranger. Certains auteurs, réfléchissant sur un cas dont la jurisprudence n'avait pas encore eu à connaître, avaient pensé qu'il pourrait constituer une hypothèse d'intervention de l'ordre public à l'encontre d'un droit acquis : c'était le cas de la reconnaissance judiciaire de la paternité adultérine (66). Mais, avant même l'intervention de la loi du 15 juillet 1955, la Cour de Nancy déclarait (67) : « Qu'en effet, ce qui est contraire à l'ordre public français, c'est la constatation d'une filiation adultérine; qu'en la matière, il faut distinguer la création d'un droit de son efficacité; que l'ordre public réagit différemment... » Là encore, en une matière où l'on avait toutes les raisons de penser que l'ordre public devait intervenir, ce dernier est écarté (68).

Ajoutons que si cette intervention différentielle de l'ordre public devait se fonder, comme on l'a suggéré, sur la distinction entre le droit naturel et la politique, on verrait s'agrandir démesurément la catégorie « droits inspirés par une politique législative » aux dépens de la catégorie « droits issus du droit naturel et du droit des gens ». Or, à propos de l'article 11 du Code civil, c'était le phénomène inverse qui s'était produit. Ce rapprochement suffit, nous semble-t-il, à condamner tout effort de classification des fonctions de l'ordre public.

47. — La doctrine française nous semble donc avoir échoué. Obnubilée par l'existence d'une différence de temps entre certaines

(65) Voir en Angleterre les décisions citées *infra*, n° 53; aux U.S.A., 1810 (G. Massachusetts, 358), *Greenwood v. Curtis*, cité par PAULSEN et SOVERN, « Public policy in the conflicts of laws », *Columbia Law Review*, 1956, n° 7, p. 972.

(66) Cf. NIBOYET, *op. cit.*, *loc. cit.*, BATIFFOL, note sous Cass. civ., 11 avril et 1^{er} mai 1945, S. 1945.I.121. Adde GAVALDA, « Remarques sur l'arrêt Rivière », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1954, p. 132.

(67) 13 janv. 1955, *Revue*, 1955.525, note LOUSSOUARN.

(68) Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Première Section civile de la Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 22 mai 1957 (*Revue*, 1957, p. 466, note H.B.).

des situations qui lui étaient soumises, et cherchant à exploiter au mieux cette découverte, elle n'a pu que faire un mélange de solutions hétérogènes, dont l'extrême complexité commandait qu'elles fussent toujours appliquées avec une très grande délicatesse. Pendant ce temps, on s'apercevait, en dehors de nos frontières, qu'en plus d'une différence de temps entre le cas du divorce demandé au for et le cas du divorce déjà prononcé à l'étranger, il existait aussi une différence de lieu. En approfondissant ce point, les doctrines allemande et suisse sont arrivées à des résultats qu'il nous faut maintenant examiner.

SECTION II

LA DOCTRINE GERMANIQUE DU LIEN DU LITIGE AVEC LE TERRITOIRE DU FOR

48. — Nous donnerons d'abord une idée générale de cette doctrine, puis nous délimiterons son succès géographique, avant d'en faire la critique.

§ 1. — Idée générale de la doctrine.

49. — Voici un contrat entre deux époux, qui n'est en fait qu'une collusion frauduleuse pour obtenir un divorce. Selon que ce divorce doit avoir lieu dans son pays ou à l'étranger, le juge allemand saisi du contrat le déclarera contraire ou non à l'ordre public.

Voici un juge de Düsseldorf qui, avant l'unification du droit privé allemand, se trouve saisi d'une disposition fidéicommissaire soumise à une loi étrangère qui la valide. Selon que les biens sont situés, ou que les personnes intéressées résident dans ce pays étranger ou au contraire en Rhénanie, ce juge acceptera ou refusera de donner effet à ces dispositions (69).

Voici un juge hollandais qui est saisi d'une adoption concernant deux étrangers. Selon que cette adoption a eu lieu aux Pays-Bas ou à l'étranger, elle sera déclarée nulle ou valable. (Cet exemple a perdu son actualité depuis une loi qui est entrée en vigueur aux Pays-Bas le 1^{er} janvier 1957, et qui a introduit l'institution de l'adoption dans ce pays.)

(69) Voir KAHN, « Die Lehre vom ordre public », *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, 1928, Band I, p. 171.

Voici enfin un mariage polygamique qui est soumis à un juge allemand. Si ce mariage a été célébré hors d'Allemagne entre des mahométans, et qu'en Allemagne, c'est seulement un enfant issu de ce mariage qui se prévaut de sa qualité de fils légitime, ce mariage ne sera pas regardé comme contraire à l'ordre public allemand. Si au contraire, il s'agit de célébrer ce mariage en Allemagne, l'ordre public interviendra pour éviter ce résultat.

Qu'est-ce qui, dans chacun de ces groupes de deux hypothèses, sépare les situations que nous avons jumelées ? Est-ce, comme nous l'avons vu dans la théorie française, une différence de temps ? Cela n'est vrai que dans la dernière hypothèse. Ce qui frappe bien plus, c'est que dans certains cas le rapport juridique est coupé de tout lien territorial avec le pays du for, et que dans les autres cas, s'il est vrai qu'il n'a pas son centre de gravité dans ce pays, puisque par hypothèse il est soumis en principe à une loi étrangère, il y trouve du moins une base territoriale assez ferme, un point de contact, dit M. Maury. Dans notre premier exemple, cette base est constituée par la résidence des époux (qui déterminera probablement le lieu du divorce), dans le second, par la situation matérielle des biens, dans les deux derniers, par le lieu de réalisation de l'adoption ou de célébration du mariage.

50. — L'effet direct de cette base territoriale, de ce lien, que les Allemands appellent *Binnen* - ou *Inlandsbeziehung* (70) est de permettre à l'ordre public du for d'intervenir et de chasser la loi étrangère normalement compétente. Cela signifie que le caractère choquant de la loi étrangère, n'atteint un degré critique (*Ansässigkeit*) que lorsque celle-ci doit se réaliser sur le territoire du for. C'est à ce moment-là seulement que sur le même territoire deux situations semblables peuvent être réglées selon deux lois différentes, et par hypothèse, d'inspirations opposées. Mais si la situation litigieuse n'a pas à produire d'effets dans le pays du juge saisi, qu'importe la loi qu'on appliquera, puisque dans ce pays, l'autorité des lois d'ordre public ne sera concurrencée par aucune autre loi.

51. — On remarquera la parenté des résultats obtenus à l'aide du système français. Reprenons notre exemple classique de la loi étrangère B qui admet le divorce dans des conditions plus larges que la loi du for A. Les deux situations usuelles sont celles des

(70) Outre l'ouvrage de KAHN, précité, voir SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, I, 223; AGO, *Règles générales des conflits de lois*, pp. 440-441.

étrangers qui demandent le divorce dans le pays A, conformément à leur loi nationale B, d'une part, et d'autre part, celle de l'étranger qui, divorcé régulièrement en B, demande à se remarier en A. Si l'on adopte la méthode de raisonnement française, on constatera la différence de temps qui existe entre les deux situations et on en tirera la conséquence que l'ordre public ne jouera que dans le premier cas. Ainsi, par des chemins différents, on aboutira aux mêmes solutions concrètes. Est-ce toujours vrai ? Les deux notions sont-elles superposables ? Peut-on imaginer une différence de temps sans différence de lieu, ou une différence de lieu sans différence de temps ? On imagine très facilement une différence de lieu sans différence de temps, surtout en matière contractuelle. Dans le premier exemple que nous avons donné (collusion frauduleuse en vue d'obtenir un divorce), il y a différence de lieu si le divorce doit être prononcé à l'étranger, et par conséquent absence de lien avec le territoire, mais il n'y a pas de différence de temps, en ce sens qu'on en est encore au stade de l'acquisition du droit. En droit français, pour que le contrat échappe à l'ordre public, il faut qu'il ait déjà produit ses effets à l'étranger ; en droit allemand, il suffit que ses effets se produisent (mais peu importe quand), à l'étranger. En revanche, il paraît bien plus délicat d'imaginer l'hypothèse inverse. En effet, nous sommes nécessairement en présence d'une situation qui, soumise à une loi étrangère, a épuisé ses effets sous l'empire de cette loi étrangère, et par conséquent dans le territoire régi par cette loi étrangère. Le lien avec le territoire du for est nécessairement plus ténu, comme le montre clairement l'exemple du statut personnel.

Sans doute est-il facile de partir d'une différence de temps : situation acquise autrefois sous l'empire de la loi nationale. Mais cette différence de temps s'accompagne nécessairement d'une différence de lieu : la situation a été acquise également dans ce pays étranger, puisque par hypothèse elle n'aurait pu être acquise en France. En effet, pour que la situation ait été acquise dans le territoire du for, il faudrait supposer qu'au moment de cette acquisition la loi nationale étrangère n'était pas encore considérée comme contraire à l'ordre public du for ; la question de savoir si cette situation peut produire ses effets dans ce même pays au moment où cette loi étrangère est devenue contraire à l'ordre public est plus une question de conflit de lois dans le temps que dans l'espace ; on sort donc de l'hypothèse que nous envisageons. On peut cependant trouver un exemple où la différence de temps ne s'accompagne pas d'une différence de lieu. Depuis quelques années, la Cour de cassation française ne rattache plus dans tous les cas

toutes les questions de statut personnel à la loi nationale des parties. On sait que le divorce d'époux de nationalités différentes est soumis aujourd'hui à la loi du domicile des époux, et non plus à leur loi nationale. Dans l'hypothèse de l'arrêt *Rivière*, une femme française et son mari russe avaient divorcé par consentement mutuel conformément à la loi équatorienne, loi de leur domicile. Puis la femme s'était remariée avec un Français dans un territoire considéré à cet égard comme français et la question se posait de la validité de ce second mariage. D'après la théorie française, le divorce ayant été régulièrement prononcé par application de la loi compétente, il n'était plus question de revenir sur sa validité, même au nom de l'ordre public. Si l'on avait fait application de la doctrine allemande, on aurait pu trouver dans la nationalité française de la femme le rattachement au territoire français qui aurait permis d'éliminer la loi étrangère. Mais cet exemple est à notre avis assez exceptionnel. Il provient d'une faille que la jurisprudence française a accepté de porter à l'unité de son règlement international du statut personnel, et sur laquelle nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir (71). Dans la réalité pratique, le système allemand permet d'éliminer de nombreuses interventions de l'ordre public ou en tout cas, de plus nombreuses interventions que ne le permet le système français, s'il est appliqué de façon absolue.

52. — Très tôt, les Allemands ont remarqué le rôle important joué par cette notion de lien avec le territoire. Ils se sont aperçus qu'un certain nombre de leurs lois étaient appliquées en dehors de leur champ normal, et que cette extension de compétence était conditionnée par l'existence d'un lien plus ou moins étroit entre le litige et le pays du for. Mais ils faisaient aussi remarquer que cette attache n'était exigée que lorsque la norme interne considérée n'était pas suffisante en elle-même pour justifier une application universelle indépendamment de tout rapport direct avec le litige. Ils admettaient donc qu'il y avait en quelque sorte deux degrés dans l'intervention de l'ordre public. L'ordre public produisait tout son effet quand il y avait un lien entre le for et le litige. Il ne produisait qu'un effet atténué en l'absence d'un tel lien (72).

C'était là encore une parenté avec le système français moderne, qui, au moins tel qu'il est exposé par la doctrine et par la jurisprudence, prévoit la possibilité théorique d'intervention de l'ordre public à l'encontre de situations acquises à l'étranger.

(71) Voir *infra*, n° 81.

(72) Voir les premières pages de l'article de KAHN, précité.

53. — Survint Kahn. Il fit remarquer que cette notion de lien avec le territoire était bien plus générale que l'on ne l'imaginait (73), car on n'avait pas réalisé en pratique l'application exclusive et absolue de normes internes considérées comme universelles (74). Raisonnant sur l'exemple extrême de l'esclavage, il remarque que les tribunaux occidentaux ne l'admettent pas chez eux, mais qu'ils n'ont aucun scrupule à reconnaître le droit de propriété d'un individu sur une chose qu'il a acquise par le procédé de l'esclavage (75). (Les biens possédés par l'esclave deviennent la propriété du maître lors de la réduction à l'état d'esclave.) A l'appui de cette affirmation, on peut d'ailleurs citer quelques décisions anglaises du siècle dernier : *Madrazo c. Willes*, 1820; *Santos c. Illidge*, 1860. Dans la première espèce, il s'agissait d'une appropriation d'esclaves en haute mer, et dans la seconde d'un contrat de vente d'esclaves survenu au Brésil. Or, remarque Kahn, si l'ordre public n'intervient pas dans des hypothèses de ce genre, c'est que l'individu qui a acquis par l'intermédiaire de son esclave se trouvait au moment de l'acquisition dans un Etat étranger qui admettait l'esclavage. Il est donc possible, conclut Kahn, d'échapper à l'application exclusive des lois d'ordre public (*Prohibitivgesetze*) en cas d'absence d'un lien du litige avec le territoire. Réciproquement l'ordre public n'interviendra que si un tel lien est constaté.

§ 2. — Succès géographique de la doctrine.

54. — Cette doctrine est encore appliquée couramment par les tribunaux allemands, et a été reprise par de nombreux autres Etats européens. On peut même se demander si elle n'a pas eu une certaine influence en dehors du Continent. Nous citerons quelques décisions dans ces divers pays.

En Allemagne, pour ne citer qu'un seul exemple, un arrêt récent de l'*Oberlandsgericht* de Hambourg en fait une application formelle (76). Il s'agissait d'une expropriation de rotative survenue en Thuringe à l'encontre d'Allemands originaires de cette province et y résidant. Le nouveau propriétaire de cette rotative l'ayant ensuite transportée en Allemagne occidentale, l'ancien propriétaire l'y réclame. Son action est rejetée. L'arrêt relève que si en principe les actes d'autorité étrangers doivent être réciproquement reconnus,

(73) KAHN, *op. cit.*, p. 184.

(74) *Ibid.*, p. 189.

(75) *Ibid.*, p. 181.

(76) Hamburg, 8 mai 1951, *Clunet*, 1954.972.

s'ils se sont manifestés dans les limites du territoire où ils sont en vigueur, et eu égard aux seuls biens qui s'y trouvent, ce principe souffre une exception si la loi étrangère heurte notre ordre public. Mais, ajoute-t-il, il ne suffit pas, pour faire jouer l'ordre public, de relever qu'une confiscation sans indemnité est incompatible avec les principes fondamentaux du droit occidental, « *il importe avant tout qu'il existe un lien étroit avec notre pays*, de sorte que l'application de la loi choquante heurte l'ordre public de l'Allemagne occidentale ». Puis, cherchant à déterminer ce lien, l'arrêt constate que « le fait que la machine a été transportée entre-temps (c'est-à-dire entre l'expropriation et le début du procès) en Allemagne occidentale, et qu'un tribunal d'Allemagne occidentale a été saisi, ne suffit pas créer un lien intime avec le for ».

55. — En Suisse, où la doctrine s'est approprié ce système, les arrêts sont nombreux qui l'appliquent (77). Le 22 décembre 1942, le tribunal fédéral suisse (78), à propos d'une mise sous séquestre en Tchécoslovaquie, accepte de faire jouer l'ordre public suisse contre cette mesure, mais seulement après avoir remarqué que la firme débitrice avait son siège en Suisse, que le demandeur était domicilié en Suisse avant l'échéance de la créance, et que le montant en était consigné entre les mains d'une autorité suisse.

Dans une autre matière, le tribunal fédéral suisse a également consacré cette thèse (79). Il est admis en droit suisse que les obligations alimentaires entre proches parents telles qu'elles sont établies par l'article 328 du Code civil suisse (*Z.G.B.*) représentent un minimum au point de vue de l'ordre public international, parce que, d'une part, il s'agit là d'un devoir moral entre parents par le sang, et que, d'autre part, le secours par la famille est un moyen de décharger les cantons obligés de subvenir aux besoins des indigents, même étrangers. En l'espèce, un Allemand, domicilié en Allemagne, réclamait des aliments à sa sœur, Allemande elle aussi, mais domiciliée en Suisse. La sœur invoquait en défense la loi allemande qui n'établit aucune obligation alimentaire entre frères et sœurs, mais le demandeur prétendait faire écarter l'application de celle-ci au nom de l'ordre public suisse. Le tribunal fédéral suisse n'a pas pu accueillir la demande, parce que, malgré le domicile en Suisse de la défenderesse, il manquait l'élément de rattachement déter-

(77) Voir par exemple *Recueil officiel*, T. 64, II, 1938, p. 88; T. 72, III, 1946, p. 52; Trib. de com. de Berne, 23 fév. 1939, *Bulletin de l'Institut juridique international*, T. 41, p. 95.

(78) *Clunet*, 1946-1949.194.

(79) Voir *Recueil officiel*, T. 59, II, 1933, p. 416.

minant, à savoir le domicile en Suisse du créancier de l'obligation alimentaire. C'était à cette seule condition que le droit du for pouvait supplanter le droit étranger compétent : en effet, tant que le créancier résidait à l'étranger, on ne pouvait invoquer l'argument tiré de la décharge de l'assistance cantonale, ni faire peser sur la sœur le poids d'une obligation morale, dont on ne pourrait assurer la réciprocité si la fortune venait à tourner.

56. — Aux Pays-Bas, on retrouve la même idée à propos de l'effet de la trop fameuse *Joint Resolution* américaine de 1933. Le 13 mars 1956, le *Hooge Raad* a rendu deux arrêts dans des affaires concernant deux grands emprunts internationaux qui comportaient l'un et l'autre des clauses-or frappées de nullité par cette loi américaine. Le premier de ces emprunts (*Bataafsche*) était émis et remboursable uniquement aux Etats-Unis. La Cour suprême des Pays-Bas n'a pas cru pouvoir opposer l'ordre public à la *Joint Resolution*. Le second emprunt (*Royal Dutch*) avait été émis aux Etats-Unis, mais, pour le remboursement, une option de place avait été consentie aux porteurs, leur permettant de se faire rembourser à Amsterdam au cours du jour du dollar-or. Selon la Cour, grâce à cette clause, la convention « s'est effectivement transportée dans la sphère d'intérêts néerlandais ». Il y a donc eu un point de contact entre le contrat et les Pays-Bas, et ceci a permis à la Cour d'écarter la *Joint Resolution* comme contraire à l'ordre public (80).

57. — En Angleterre, il est assez difficile de se faire une idée de la position de la jurisprudence en ce domaine. En effet, la solution des conflits de lois est telle en ce pays que les juges anglais ont rarement à appliquer une loi étrangère, et par conséquent à faire jouer l'ordre public (81). D'autre part, le système anglais du précédent qui lie le juge ôte à la jurisprudence, et c'est particulièrement fâcheux en ce qui concerne l'ordre public, la souplesse que lui donnent sur le continent des théories comme celles de l'effet atténué de l'ordre public ou du lien du litige avec le territoire du for.

L'examen de la jurisprudence confirme l'impression que le droit anglais est resté imperméable à cette théorie. En témoigne le cas

(80) *Revue*, 1936.839; *Nouvelle Revue*, 1936.733.

(81) Soit par l'utilisation de la loi du domicile, soit par la qualification procédurale d'un très grand nombre de situations juridiques, les tribunaux anglais sont très souvent conduits à l'application de leur propre loi. Voir LLOYD, *Public policy, a comparative study in English and French law*, Londres, 1955; KAHN-FREUND, « Reflections on public policy in the English conflicts of laws », *Transactions of the Grotius Society*, 1953, vol. 39, pp. 39-83; *Dicey's conflict of laws*, par MORRIS, 2^e éd., 1958, p. 12.

célèbre tranché en 1904, *Kaufman c. Gerson*. Un Français avait contraint une Française à signer un contrat en France, en la menaçant, si elle refusait de signer, de poursuivre son mari pour un crime dont il était accusé. Le juge anglais a d'abord recherché si le contrat était valable en droit français : le juge anglais a cru pouvoir y répondre affirmativement, en se fondant sur ce fait qu'en droit français, la violence n'est un vice du consentement que si elle est injuste ou illicite, et que l'emploi des voies de droit (action civile, plainte au criminel, saisie) ne constitue pas en principe une violence, car il n'est que l'exercice d'un droit. Mais en droit anglais un tel contrat est nul, comme contraire à l'ordre public. Le juge anglais s'en est tenu à cette solution, refusant de donner un quelconque effet audit contrat. Dans cette espèce, il est pourtant clair que le contrat avait été conclu en France, entre deux Français, pour s'exécuter en France, et que, par conséquent, il n'y avait aucun lien entre l'Angleterre et lui. Cependant, certains auteurs anglais font remarquer que l'intervention de l'ordre public doit dans chaque cas être directement proportionnelle au lien qui relie le cas avec le territoire dans lequel les tribunaux appliquent la doctrine de l'ordre public international (82). Il est à remarquer que ceux qui font cette remarque sont des juristes émigrés d'Allemagne et formés à une école où la nécessité d'un lien avec le territoire est un des éléments irréductibles de l'ordre public international.

58. — C'est exactement la même réflexion qu'inspire un examen de la doctrine et de la jurisprudence nord-américaines. Aux Etats-Unis, jusqu'à ces dernières années, le problème n'avait jamais été posé sur le plan théorique. Ce sont les auteurs allemands émigrés qui, analysant la jurisprudence américaine à la lumière de leur formation germanique, ont prétendu y trouver la confirmation de cette nécessité d'un lien avec le territoire dans le fonctionnement de l'ordre public (83). Nussbaum cite un arrêt de la cour d'appel de New York de 1936 (84). Il s'agissait d'un Juif, licencié en Allemagne en application d'une loi nazie, qui demandait aux Etats-Unis une indemnité contre son employeur et prétendait écarter la loi nazie, qui ne prévoyait rien de tel. La cour d'appel de New York a appliqué la loi allemande et a rejeté la demande en refusant de faire intervenir l'ordre public américain. Nussbaum explique cet

(82) Voir KAHN-FREUND, *op. et loc. cit.*

(83) Voir NUSSBAUM, « Public policy and the political crisis in the conflict of laws », *Yale Law Journal*, 1940, pp. 1027-1058, et particulièrement p. 1031.

(84) *Holzer v. Deutsche Reichsbahngesellschaft*, comment, 1936, 45; *Yale Law Journal*, 1463-1470.

arrêt en disant qu'aucun lien n'unissant ce litige allemand avec le territoire américain, l'intervention de l'ordre public américain n'était pas à envisager. Il doit cependant reconnaître que cette interprétation est contestée, et qu'il est très difficile de trouver des exemples caractéristiques (specific instances) sur cette matière.

Aujourd'hui le problème théorique est bien connu des auteurs américains, qui lui donnent une solution contraire à celle de la doctrine allemande. Paulsen et Sovern (85) affirment que la *public policy* peut intervenir même quand il n'existe aucun lien entre le litige et le for (*when the forum has no contact with the transaction before it*). Et ils donnent en exemple un arrêt de la plus haute instance du Wisconsin, de 1909 (86). A la suite d'un retard dans la transmission d'un télégramme de New York à l'Illinois, la compagnie postale, assignée par l'expéditeur, opposait une clause de non-responsabilité parfaitement valable au lieu du contrat, lequel avait été conclu et devait être exécuté hors du territoire du Wisconsin. Ceci n'a pas empêché la Cour d'opposer l'ordre public du Wisconsin à cette clause de non-responsabilité. Voici le passage principal de l'arrêt : « Les tribunaux ont toujours considéré que l'ordre public du for faisait échec au droit du défendeur d'invoquer un moyen de défense admis par la loi du contrat. » Et le commentateur d'ajouter : « Apparemment, on avait le sentiment que cette conception était si largement reçue qu'aucune citation n'était nécessaire pour l'étayer. »

Tout ce qu'on peut dire, c'est que lorsque l'ordre public intervient, on peut souvent constater l'existence d'un lien avec le territoire. Mais c'est là simple coïncidence.

59. — Comme il fallait s'y attendre, cette théorie continentale n'est pas passée dans les pays anglo-saxons. A-t-elle eu plus de succès en France ? La question n'est pas vaine. Si, en effet, cette théorie repose sur une base logique, on ne voit pas pourquoi les plaideurs ne l'auraient pas invoquée devant les tribunaux, dans les cas où la distinction entre source et contenu des droits paraissait difficilement applicable. C'est ce qui n'a pas manqué de se produire en fait, et il est remarquable que les tribunaux aient accepté d'argumenter sur cette question. Par exemple, au cours d'un des nombreux procès provoqués par les expropriations dont fut victime en Catalogne la société espagnole *Potasas Ibericas*, l'adversaire de

(85) « Public policy in the conflict of laws », *Columbia Law Review*, 1956, pp. 969-1016.

(86) *Fox v. postal tel. cable Co.*, 138 Wisconsin 648 120 N. W. 399.

cette société prétendait que les expropriations litigieuses ne pouvaient être considérées comme contraires à l'ordre public français, car la société et lui-même étaient Espagnols. Le tribunal de commerce de Marseille a répondu très nettement à cette partie des conclusions, et a établi par là le lien qui unissait ce litige au territoire français (87) : « Attendu que V. déclare que l'ordre public français ne serait pas en cause car la *société Potasas Ibericas* et lui-même seraient Espagnols. Que ces faits ne sauraient être reconnus, car le chlorure de sodium litigieux est en France, tout comme l'étaient les navires de *La Ropit...* Attendu d'ailleurs que la nationalité espagnole de la *société Potasas Ibericas* est plus que contestable... » Nous avons de nombreux autres exemples, un peu moins nets peut-être, mais qui établissent cependant clairement un lien entre le jeu de l'ordre public et le rapport du litige au territoire français. Ainsi, le tribunal civil de Mulhouse (88), affirme « qu'il est bien entendu que la volonté du testateur ne peut porter atteinte à l'ordre public international français *si le testament doit être exécuté en France* » (89).

Cette tendance n'a pas atteint la Cour de cassation. Bien au contraire. Il semble plutôt que chaque fois que l'occasion s'est présentée à elle d'utiliser cette idée, elle l'ait rejetée. Dans ses deux arrêts du 11 avril et du 1^{er} mai 1945, les espèces n'étaient pas absolument identiques. Dans le premier cas, le défendeur était Allemand, et l'affaire était bien une affaire allemande; dans le second arrêt, le père prétendu était Français. La querelle était mixte, et cela aurait pu motiver, sous prétexte de lien avec le territoire, une intervention de l'ordre public. Mais la Cour de cassation n'a pas voulu entrer dans ces subtilités. Nous avons aussi cité l'exemple de l'arrêt *Rivière*. Un autre exemple, encore plus frappant, peut être trouvé dans le droit français relatif aux titres au porteur perdus ou volés. Soit un titre français volé, puis négocié à l'étranger, et enfin revenu en France. En ce pays l'acquéreur invoque le droit qu'il a acquis sur ce titre par la négociation à l'étranger, conformément à cette loi étrangère. En France, on lui opposera le caractère d'ordre public de la loi de 1872 (90), selon laquelle, lorsque les oppositions régulières ont été faites (opposition à paiement au siège de l'établissement émetteur, opposition à négociation au syndicat des agents de change de Paris), la reven-

(87) 25 mai 1937, *Clunet*, 1937.535.

(88) 19 janv. 1950, *Revue*, 1951.133, note LOUSSOUARN.

(89) Voir Cour d'appel de Chambéry, 25 mai 1936, *Clunet*, 1939.78.

(90) Aujourd'hui le décret-loi du 11 janvier 1956.

dication est possible, car une présomption irréfragable de mauvaise foi pèse sur l'acquéreur. Cette intervention de l'ordre public n'a rien de choquant au regard de la théorie allemande, car on a supposé que les titres perdus étaient des titres français, et cela suffisait, selon l'expression de la Cour suprême des Pays-Bas, à transporter le litige dans la sphère d'intérêt français. Mais la jurisprudence va plus loin. Elle applique la loi française de 1872, même quand les titres qui ont été négociés à l'étranger sont des titres étrangers (91). C'est là sans doute qu'apparaît le plus nettement le mépris total et souverain de la Cour de cassation française pour cette notion de l'« *Inlandsbeziehung* ».

Et cependant la question ne paraît pas encore tout à fait épuisée. Assez récemment, M. Loussouarn la posait encore, en commentant un arrêt de la Cour de cassation belge du 28 mars 1952 (92). L'hypothèse était la suivante : un Suédois avait laissé à sa mort une fortune mobilière en Belgique. Il était mort intestat sans laisser d'héritiers. Le droit suédois, qui était compétent, décidait qu'en l'espèce la succession dépendait de la nature du droit successoral de l'Etat, droit régalien selon la loi belge, droit d'héritier selon la loi suédoise. La Cour de cassation belge a décidé que, puisque d'après le Code civil suédois le droit de l'Etat était un droit d'héritier, c'était à l'Etat suédois de recueillir en Belgique les biens laissés par son ressortissant, sans qu'il soit question de lui opposer l'ordre public belge. Mais en commentant l'arrêt, M. Loussouarn se demandait ce que les juges français auraient décidé en la matière, et il proposait de distinguer deux hypothèses : la première est celle où c'est l'Etat français qui se serait trouvé en concurrence avec l'Etat suédois, la seconde est celle où les Etats en concours auraient été deux Etats étrangers. L'auteur estime que l'ordre public français à l'encontre du droit suédois ne jouerait que dans le premier cas, et non dans le second qui nous concerne moins. Il y aurait là, si cette opinion était confirmée par la jurisprudence, une application de l'idée germanique de lien avec le territoire. Mais avant de nous prononcer sur ce point particulier (93) nous allons d'abord examiner la construction allemande d'un point de vue critique.

(91) Voir BARTIN, *op. cit.*, I, pp. 250 et suiv.; Req., 15 juin 1909, S. 1911. I.81, note NAQUET.

(92) *Clunet*, 1954.462, note HENNEBICQ; *Revue*, 1953, p. 132, note LOUSSOUARN.

(93) Voir *infra*, n° 97.

§ 3. — Critique de cette construction.

60. — A l'actif de cette doctrine, faisons d'abord valoir ceci : la doctrine allemande a remarqué qu'à propos de la même loi étrangère l'ordre public parfois intervenait, et parfois n'intervenait pas. Elle en a conclu que dans ce dernier cas une condition manquait à cette intervention. C'est à notre avis la seule méthode de raisonnement valable.

Le résultat est-il aussi satisfaisant ? La doctrine a-t-elle apporté quelque chose en concentrant toutes ses lumières sur la différence de lieu qui existait entre les situations à propos desquelles intervenait l'ordre public et les situations à propos desquelles il n'intervenait pas ? Est-il exact que ce rattachement au for soit le révélateur qui fasse apparaître le caractère choquant de la loi étrangère ? Pour répondre à ces questions, il faut rechercher en quoi consiste ce rattachement. Etudiant la doctrine allemande, nous n'en avons donné jusqu'ici que l'idée générale, en somme assez séduisante. Mais cette idée a été creusée. Elle ne pouvait avoir de valeur pratique que si l'on arrivait à déterminer quels étaient les liens avec le territoire du for qui devaient être pris en considération. C'est dans cette recherche que la théorie allait rencontrer les pires difficultés. D'autre part, il fallait aussi que les rattachements qu'on aurait retenus fussent satisfaisants. Enfin, pour avoir une réelle valeur scientifique, il fallait encore que cette théorie fût d'application générale. Si certaines dispositions d'ordre public échappaient à cette exigence, une indétermination nouvelle s'ajoutait à l'indétermination générale concernant l'ordre public.

1° LA DÉTERMINATION DES POINTS DE RATTACHEMENT

61. — Le maître à penser de cette théorie fut sans aucun doute Kahn. Malheureusement son œuvre sur ce point est restée inachevée. Après avoir montré que, si telle situation juridique se rattachait principalement à un élément étranger qui déterminait la compétence normale d'une loi étrangère, elle se rattachait parfois à titre subsidiaire à une loi interne considérée comme d'ordre public, qui chassait la loi étrangère normalement compétente, Kahn admettait que ce rattachement subsidiaire fût différent selon les différentes lois internes d'ordre public (94). Mais il s'est contenté de tracer les grandes lignes de ce vaste programme qui consistait à remplacer le vague de la notion d'ordre public par une construction précise qui aurait permis de dire, pour chaque loi interne, quels étaient les

(94) *Op. cit.*, p. 190, n° 3.

éléments qui devaient à coup sûr en déterminer l'application. Une première question se pose de savoir si une telle méthode était acceptable, eu égard à la notion même d'ordre public en droit international privé. Nous nous efforcerons de la résoudre dans notre prochain chapitre. Contentons-nous de nous demander si elle pouvait conduire à des résultats pratiques, c'est-à-dire si elle pouvait éliminer toute incertitude dans le déclenchement du mécanisme de l'ordre public. Kahn le pensait, mais il était obligé de supposer acquise la détermination des lois d'ordre public du for. En effet, ce lien avec le territoire, ce rattachement subsidiaire n'est pas autre chose que la condition qui permet à la loi d'ordre public du for de prendre la place de la loi étrangère. Ce n'est pas ce lien qui peut dire si la loi interne est ou non d'ordre public. Il permet la confrontation égale de la loi étrangère et de la loi du for; à lui seul, il ne permet pas à la seconde de l'emporter sur la première. Si cette observation n'est pas suffisante pour condamner la théorie, elle oblige du moins à en limiter la portée.

D'ailleurs, la justification moderne de cette exigence d'un lien avec le for est devenue beaucoup plus modeste, et en même temps plus réaliste; elle a perdu tout caractère théorique (application d'un système subsidiaire de conflits de lois), pour n'être plus qu'une raison simplement pratique. On lit en effet sous la plume du regretté professeur Knapp : « Les abus susceptibles de naître d'une utilisation de l'ordre public peuvent être coupés court par la théorie représentée dans la doctrine, suivant laquelle l'ordre public ne se peut invoquer que si le fait à juger a une liaison avec le for. » (95) On remarquera que c'était cette même justification, purement pratique, que donnait cet auteur à la théorie française de l'effet atténué de l'ordre public (96).

62. — Quelle que soit la justification que l'on donne de la *Binnenbeziehung*, il semble que cette dernière soit encore très difficile à déterminer. C'est qu'en effet, à propos d'un même procès, quantité de rattachements subsidiaires peuvent être pris en considération. A propos d'un procès relatif à l'état des personnes, doit-on retenir à titre subsidiaire la nationalité des parties (au cas où celle-ci ne détermine pas la loi normalement applicable), leur domicile (même supposition), leur résidence, leur simple lieu de séjour, ceux de leurs enfants, la situation de leurs biens ? Il y a là des éléments

(95) KNAPP, « Essai sur la sauvegarde de l'ordre public et la protection des faibles en droit international privé », *Mélanges Guisan*, Lausanne, 1950.

(96) KNAPP, *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, 1933, pp. 125 et suiv.

dont l'importance peut varier dans chaque espèce, et entraîner des différences dans l'application.

L'entreprise était téméraire; il ne faut donc pas s'étonner qu'aucun successeur de Kahn n'ait osé la pousser à son terme. On peut dire qu'aujourd'hui il ne reste plus de la théorie de Kahn que son idée générale, à savoir l'exigence d'un lien avec le territoire. « De même, écrit Raape (97), que la loi étrangère doit sa souveraineté sur le cas au fait que certaines circonstances de fait rattachent celui-ci à l'Etat étranger considéré, de même le droit national ne peut lui enlever le cas que si ce dernier est en quelque manière rattaché à son Etat. »

Le problème se pose cependant encore aujourd'hui de la détermination de ce rattachement subsidiaire. Il est tout à fait remarquable de voir la doctrine moderne allemande effectuer dans cette recherche un glissement de la position initiale de Kahn à la position française contemporaine (98). Raape constate que les tribunaux allemands n'ont pas opposé l'ordre public à la demande en remariage d'un Russe divorcé à la mode soviétique première façon, c'est-à-dire sans aucune forme, encore que cette loi révolutionnaire fût, sans aucun doute, contraire à l'ordre public allemand. Il constate aussi que les tribunaux allemands ont accordé des aliments à une femme russe qui poursuivait à cette fin son mari, lequel, en d'autres temps, avait été son gendre. Or le droit russe de cette époque, qui ignorait l'empêchement d'alliance, était évidemment contraire à l'ordre public allemand. Raape se demande ce que ces deux hypothèses ont de commun pour échapper à l'ordre public, et il arrive à la conclusion que dans les deux exemples il y avait une question préalable concernant la validité de la célébration ou de la dissolution d'un mariage. Le caractère préalable de cette question la détache complètement du territoire du for, et empêche que l'application à elle du droit étranger soit assez choquante pour être prohibée (99). On doit constater que ce qui est envisagé ici est la différence de *temps* (*Vorfrage*, question préalable) et non plus de lieu. Avec des termes différents, c'est la solution française qui est ici proposée. Il est inutile de la discuter une deuxième fois.

Mais quand il s'agit d'une question principale (*Hauptfrage*), les tribunaux allemands cherchent à déterminer les rattachements

(97) Cité par MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, p. 85

(98) Par exemple RAAPE, *Internationales Privatrecht*, Berlin et Francfort s/M., 3^e éd., 1950, pp. 64 et 65.

(99) Voir dans le même sens ACO, « Règles générales des conflits de lois », *Recueil des cours de l'Ac. de droit int. de La Haye*, 1936, IV, pp. 441 et suiv.

subsidiaries qui justifient l'intervention de l'ordre public. Peut-on du moins considérer comme acceptables ceux qui, en fait, ont déterminé la jurisprudence ?

2° LA VALEUR DES RATTACHEMENTS RETENUS

63. — L'élément le plus souvent retenu par la jurisprudence germanique est la nationalité des parties lorsque celle-ci n'a pas déterminé la loi normalement applicable au litige. Par exemple, de nombreuses décisions allemandes ont fait jouer l'ordre public contre des expropriations sans indemnité survenues à l'étranger à l'encontre d'Allemands. Dans ces espèces, il est clair que la nationalité allemande des victimes constituait un argument puissant pour relier le litige au for. Au contraire, quand les victimes de ces expropriations étaient des ressortissants de l'Etat expropriant, on ne faisait pas jouer l'ordre public; tous ces événements s'étant passés en pays étranger, à l'encontre de citoyens étrangers, l'ordre public allemand n'était pas directement intéressé. Ce raisonnement est peut-être logique, mais il est facile de montrer qu'il conduit à des résultats iniques. A partir du moment où l'on considère que la nationalité peut constituer un rattachement subsidiaire capable de mettre en œuvre le mécanisme de l'ordre public, on est obligé de faire varier sa propre conception de l'ordre public d'après la nationalité des parties au procès; en Allemagne, l'ordre public ne sera pas le même envers un Allemand et envers un Tchèque. En somme, le problème de l'ordre public se transporte du plan des conflits de lois (exception à la solution normale) au plan de la condition des étrangers (jouissance des droits). Ainsi comprise, la théorie du lien avec le for devient un instrument d'inégalité dans l'administration de la justice. C'est un pareil résultat qu'en Suisse M. Niederer dénonce avec fermeté : « ... On arriverait à ce résultat qu'une norme étrangère serait contraire à l'ordre public lorsque son observation désavantagerait un créancier suisse, mais qu'au contraire elle serait compatible avec l'ordre public lorsqu'elle désavantagerait un étranger. A la vérité, c'est ce traitement inégal des étrangers et des nationaux qui est contraire au sentiment suisse de la justice (100). »

C'est donc là un des dangers graves de l'expérience. Mais, même si on arrive à les éviter, la solution discutée reste cependant insuffisante à résoudre toutes les difficultés. C'est qu'il apparaît de plus

(100) NIEDERER, « Einige Grenzfragen des ordre public in Fällen entschädigungsloser Konfiskationen », *Annuaire suisse de droit international*, 1945, p. 91.

en plus aux auteurs allemands que la solution que leur proposait Kahn a perdu sa valeur de règle générale.

3° CETTE DOCTRINE N'EST PAS D'APPLICATION GÉNÉRALE

64. — Pour Kahn, aucune norme considérée comme d'ordre public ne peut être appliquée indépendamment de tout lien du litige avec le territoire. Cette conception repose d'ailleurs sur une vue assez sceptique de la valeur des institutions. Aucune disposition, selon cet auteur, n'a une valeur absolue. Comme il l'écrit avec humour, l'interdiction des ventes à primes peut être si utile qu'un législateur en fasse un principe d'ordre public, mais il est certain que les fondements de l'Etat ne seront pas ébranlés par son existence. De même il approuve la prohibition de la recherche de la paternité naturelle, mais il ne voit pas le moyen de trouver pourquoi on voit là un des fondements de la culture et de la morale, etc... etc... (101).

65. — Ce n'est plus l'avis général aujourd'hui. Knapp remarque que l'ordre public suisse interdit le mariage en Suisse d'un oncle avec sa nièce pour des raisons d'hygiène et de bienséance. Il estime que pour écarter au nom de l'ordre public une loi étrangère qui admettrait un tel mariage, le juge suisse devrait nécessairement relever ici l'existence d'un lien avec le territoire suisse. Mais quand le droit suisse interdit le mariage entre frères et sœurs, il le fait pour des raisons morales évidentes. Toute loi étrangère qui admettrait un tel mariage devrait être écartée, quel que fût le lien ou l'absence de lien entre la situation litigieuse et le for. De même, M. Vallindas écrit que, si, dans la plupart des cas, c'est le jeu normal de la règle de conflit (lisons pour le moment de la règle de conflit subsidiaire) qui confère à certaines lois nationales une étendue qui paraît extraordinaire, et non l'ordre public, celui-ci intervient cependant contre l'application dans le pays de dispositions étrangères foncièrement différentes des conceptions nationales fondamentales (102). Egalement M. Ago, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, expliquait que l'*Inlandsbeziehung* n'était nécessaire que lorsque, de l'interprétation

(101) *Op. cit.*, pp. 187 et suiv. Il faut entendre le mot culture dans son acception allemande. « *Kultur* » s'oppose traditionnellement à « *Civilisation* ».

(102) « La réserve de l'ordre public en droit international privé, rapport général au troisième congrès international de droit comparé », Londres, 1950, in *Rev. hell. de dr. internat.*, 1950, 270.

de la loi interne, il ne résultait pas quelque chose qui prouvât son étendue internationale (103).

Cette nécessité, qui pousse une partie de la doctrine à chercher une faille dans le système où voulait l'enfermer Kahn trouve quelque écho dans la jurisprudence des pays intéressés. En 1949, le tribunal fédéral suisse (104), ayant à résoudre la question de savoir si l'article 305 Z.C.B. sur l'opposition de la mère et de l'enfant à la reconnaissance par un père naturel était une disposition d'ordre public, s'est exprimé dans ces termes :

« Si l'article 305 du Code civil suisse constituait réellement une loi d'ordre public, cette loi devrait normalement s'appliquer aussi à la reconnaissance d'un enfant étranger par un père étranger, car ce qui caractérise la disposition d'ordre public, c'est précisément le fait que le juge doit l'appliquer nécessairement à l'encontre de toute autre loi, et sans distinguer par conséquent selon la nationalité des justiciables. » Remarquons d'ailleurs que cet arrêt qui refuse les distinctions classiques a été fortement critiqué par la doctrine traditionnelle, qui défend encore la théorie de la « *Binnenbeziehung* » (105).

66. — Kahn sentait bien lui-même que c'était là le danger de sa thèse, car il allait jusqu'à admettre que ce fameux rattachement subsidiaire pût être trouvé dans la compétence du tribunal saisi. Mais par un sursaut d'habileté, il allait imaginer un exemple parfaitement admissible. Il raisonnait sur cette curieuse cession de droits litigieux que les Anglais appellent « *champerty* » (106). Une telle cession, valable en France, est interdite en Angleterre, car on ne veut pas encombrer les tribunaux de procès inutiles, mais si une telle cession est soumise à un juge français, on ne voit pas pourquoi, dit Kahn, les tribunaux anglais chercheraient à protéger leurs collègues français contre des réclamations frivoles. Aussi Kahn pensait-il que, le caractère d'ordre public de la prohibition de la *champerty* trouvant son fondement dans une raison procédurale, il ne pouvait pas être appliqué par les tribunaux anglais quand cet élément manquait. Mais pour que les tribunaux anglais puissent ne pas faire application du caractère d'ordre public de cette

(103) *Op. cit.*, p. 443, n° 34. Voir aussi WENGLER, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Revue*, 1952, p. 595 et 1953, p. 37.

(104) *Rec. off.*, T. 75, I, 1949, p. 177.

(105) Voir notamment KUTTLER, « Zur Frage der Beschränkung der Funktion des Ordre public im internationalen Privatrecht », *Schweizerische Juristen Zeitung*, 15 mai 1951 ; sur ce même arrêt, KNAPP, « Essai sur la sauvegarde de l'ordre public et la protection des faibles en droit international privé », *loc. cit.*

(106) *Op. cit.*, p. 186.

prohibition, il faut tout de même qu'ils soient saisis de l'affaire; l'élément de compétence est irréductible. Certes, on peut imaginer qu'ils ne soient saisis qu'à propos d'une question connexe. Mais alors il est probable que le juge fera ou non application de l'ordre public selon que la cession doit se produire sur des biens situés en Angleterre ou non, et oubliera la question de compétence sur la question principale. D'une façon générale, admettre que la compétence du tribunal peut constituer le rattachement subsidiaire susceptible de mettre en œuvre l'ordre public est extrêmement dangereux; comme en fait l'élément compétence ne peut pas être éliminé, c'est admettre que l'ordre public jouera sans condition de lien avec le for. Alors se pose un nouveau problème; quand l'ordre public interviendra-t-il en dehors de tout lien du litige avec le territoire du for? Pour le résoudre, on peut songer à une classification fonctionnelle des cas d'intervention de l'ordre public; mais on connaît déjà les impasses auxquelles conduit pareille recherche.

Incomplète, la théorie perd son utilité pratique. Au lieu de simplifier le problème, elle le complique considérablement; le juge allemand doit désormais se poser trois questions, dont aucune ne comporte de réponse précise: 1° Suis-je en face d'une loi étrangère contraire à l'ordre public de mon pays? 2° Si oui, dois-je, pour l'écarter, rechercher un lien avec le for? 3° Si oui, quel doit être ce lien? (107).

67. — La doctrine allemande, pas plus que la doctrine française, n'est arrivée à des résultats satisfaisants pour résoudre la question de savoir quand la même loi étrangère doit être considérée comme contraire à l'ordre public du for et quand elle ne le doit pas. Pourtant l'une et l'autre sont parties de constatations exactes. La doctrine allemande permet de résoudre certaines espèces en recherchant les limites du caractère d'ordre public d'une disposition interne, mais, voulant être générale, elle se perd dans des difficultés considérables d'interprétation. De même, la doctrine française présente de grands avantages de clarté en matière de statut personnel, mais en dehors de ce domaine, elle perd toute précision. Est-il possible de trouver une solution qui puisse cumuler les avantages des deux systèmes sans réunir leurs inconvénients? Délaissant la considération du seul facteur temps ou du seul facteur espace, ne peut-on édifier une construction plus générale, et applicable à toutes les hypothèses, une construction qui permette dans tous

(107) Voir suite de cette critique *infra*, n° 96.

les cas de répondre à la question de savoir si une loi étrangère, à supposer qu'elle soit contraire à l'ordre public du for, doit ou non être écartée au profit de la loi du for ? C'est la question à laquelle nous allons nous efforcer de répondre dans la dernière section de ce chapitre.

SECTION III

EXPLICATION PROPOSÉE : LE RATTACHEMENT DU LITIGE AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DU FOR

68. — Les développements qui vont suivre n'ont pas la prétention de découvrir un principe de base sur lequel s'appuieraient tous les arrêts, et qui aurait échappé jusqu'ici à l'observation de la doctrine. Pareille prétention serait ridicule après la longue analyse qui a été faite de la jurisprudence française. Notre dessein est simplement de mettre en lumière une nécessité interne du système de conflit de lois, à laquelle la jurisprudence française a presque toujours obéi, quoique inconsciemment. La prise de conscience de cette nécessité éliminera bien des incertitudes sur le point de savoir si une loi étrangère normalement considérée comme contraire à l'ordre public du for, doit toujours être écartée au profit de la loi interne du for, quelle que soit la situation litigieuse. Nous ferons d'abord l'exposé théorique de cette explication, puis nous passerons en revue les hypothèses pratiques auxquelles elle est susceptible de s'appliquer.

§ 1. — Le rattachement du litige au droit international privé du for.

69. — Il convient de faire d'abord l'exposé général de cette notion avant de réfuter les objections qu'on pourrait lui opposer.

A. — EXPOSÉ GÉNÉRAL.

70. — On ne se compromet guère en écrivant que tout système de conflit de lois dans l'espace a pour objet de répartir entre différentes lois les situations juridiques qui présentent un caractère international. Cette répartition se fait sur une base rationnelle et sur une base nationale. Sur une base rationnelle, en ce sens que le droit international privé de chaque Etat cherche à donner compétence à la loi qui objectivement lui paraît la mieux qualifiée pour résoudre ladite situation en raison des éléments de rattachement qui relient celle-ci à celle-là. Sur une

base nationale, parce que, d'une part, il appartient à chaque Etat souverain de faire cette répartition rationnelle d'après les principes qu'il estime les meilleurs, de telle sorte qu'il y a autant de systèmes de droit international privé qu'il y a d'Etats souverains ; parce que, d'autre part, chaque Etat peut freiner, ou même écarter l'application de son système de conflit de lois, dès lors qu'il estime que la loi étrangère susceptible d'intervenir troublerait trop gravement la cohérence de son propre droit interne. C'est le phénomène de l'ordre public. Si le législateur de l'Etat A a le pouvoir de donner compétence à la loi de l'Etat B pour régler telle situation, on conçoit qu'il puisse également lui retirer cette compétence quand il estime que la confiance qu'il avait mise dans la législation de l'Etat B n'est plus justifiée. En bref, le système de conflits de lois a pour résultat d'insérer dans l'ordre juridique interne des normes juridiques étrangères individualisées par la règle de rattachement, et l'ordre public a pour objet d'empêcher cette insertion quand elle apparaît dangereuse (108).

Revenons maintenant à la considération des hypothèses dans lesquelles l'ordre public, tantôt intervient et tantôt n'intervient pas à l'encontre de la même loi étrangère. Si nous cherchons à les analyser à la lumière des quelques principes très généraux que nous venons de rappeler, nous devons constater que si l'ordre public n'intervient pas dans certains cas, c'est que dans ces cas la loi étrangère n'est pas véritablement insérée dans l'ordre juridique du for, comme elle l'était dans les cas où l'ordre public intervenait. Il faut rechercher les causes de cette non-insertion.

71. — La doctrine et la jurisprudence françaises, sensibles à la différence de temps existant entre le divorce prononcé à l'étranger et le divorce demandé au for, qualifient la première situation de situation acquise, par opposition à la seconde qui n'est pas encore créée. Une partie de la doctrine allemande traduit la même idée par la distinction entre la « *Vorfrage* » et la « *Hauptfrage* », c'est-à-dire entre la question préalable et la question principale (109). On peut simplement regretter que cette distinction n'ait pas été poussée plus loin. En effet, il ne suffit pas de dire qu'il s'agit d'une question préalable pour éliminer d'office l'intervention de l'ordre public. L'arrêt *Chemins de fer portugais* (110) est

(108) Cf. AGO, *Règles générales des conflits de lois*, pp. 447-448.

(109) RAAPE, *op. cit.*, pp. 64-65.

(110) Civ., 22 mars 1944, *Revue*, 1946, p. 107.

là pour nous rappeler le refus d'exequatur opposé par un juge français à une décision portugaise qui avait accordé, conformément à la loi portugaise, certains droits sur ses obligations à une société en difficulté. Pour expliquer cet arrêt en restant dans l'optique même de la Cour de cassation, nous avons suggéré que peut-être ce droit n'ayant été acquis que par un jugement étranger la Cour de cassation française ne lui reconnaissait pas la même valeur que s'il avait été acquis directement par l'effet de la loi (111). Mais ceci n'était qu'une explication *a posteriori* qui ne pouvait guère être utile à des prévisions futures.

La distinction entre la *Vor-* et la *Hauptfrage* est récente. Elle a été en quelque sorte « découverte » par M. Wengler (112). Elle peut se formuler de la façon suivante, sur l'exemple classique du divorce prononcé à l'étranger. Deux étrangers divorcés demandent à se remarier en France. Cherchant à déterminer les conditions de fond de ce mariage, le juge saisi consultera le droit international privé de son pays, qui donnera compétence à la loi nationale de ces étrangers. Par hypothèse, admettons que ce droit national permette le remariage d'ex-époux régulièrement divorcés. Mais la question se pose alors de la validité du ou des divorces intervenus. Pour savoir d'après quelle loi cette validité doit être appréciée, faut-il consulter le droit international privé du for, ou celui de l'Etat national de ces étrangers ? Autre exemple, qui s'est présenté devant les tribunaux allemands et autrichiens : des enfants étrangers se prétendent légitimés par le mariage de leurs parents. Les tribunaux autrichiens consultent la loi nationale de ces enfants, laquelle exige un mariage valable comme condition de la légitimation. La validité du mariage doit-elle être appréciée d'après la loi compétente selon le droit international privé autrichien ou selon celui de l'Etat national de ces enfants. Très souvent, ces questions n'apparaissent pas, en raison de la similitude des rattachements retenus par les divers systèmes de droit international privé. Mais si l'on suppose que le mariage en question avait été célébré entre un Bulgare et une Autrichienne à la légation bulgare de Vienne, valablement d'après le droit interne bulgare, illégalement d'après le droit interne autrichien ; si l'on suppose d'autre

(111) Voir *supra*, n° 36.

(112) Cf. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1934, pp. 148 et suiv., et *Revue critique de droit international privé*, 1955, p. 116 ; 1956, p. 83 ; 1957, p. 50. Adde Martin WOLFF, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 2^e éd., 1949, p. 81 ; SCHNITZER, *op. cit.*, p. 112 ; MELCHIOR, *Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, 1932, pp. 245 et suiv. ; BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n° 299, note 25.

part que le droit international privé autrichien (droit international privé du for) décide que la validité de la célébration du mariage est soumise à la loi du lieu de célébration, tandis que le droit international privé bulgare (droit international privé de l'Etat national de l'enfant) donne compétence à la loi nationale du mari, on voit tout de suite l'intérêt qu'il y a à choisir entre les deux thèses. Des arguments peuvent être invoqués en faveur des deux solutions, mais ce n'est pas notre propos de les exposer. Peut-être d'ailleurs, n'est-il pas mauvais de rappeler que les tribunaux n'ont pas encore pris nettement conscience du problème, et que les solutions qu'ils lui ont données sont donc instinctives ; cet instinct a cependant souvent conduit les tribunaux à appliquer à la question préalable le droit international privé de l'Etat dont la loi interne était compétente d'après le droit international privé du for pour trancher la question principale : en l'espèce la Cour suprême d'Autriche a appliqué le droit international privé bulgare (113) (114).

(113) Voir Cour suprême d'Autriche, 25 oct. 1952, Trib. civ. de Cologne, 20 fév. 1953, *Revue*, 1955.110; *contra* : Cour suprême de Bavière, 20 avril 1955, Trib. civ. de Berlin, 12 sept. 1955, *Revue*, 1956.83.

(114) Comme les développements qui vont suivre s'appuient principalement sur cette solution, il est indispensable d'en préciser avec soin le sens et la portée. Si le principe est que la question préalable doit être tranchée par la règle de conflit du droit qui, en ses dispositions matérielles, gouvernait déjà la question principale, il reste à expliquer pourquoi certaines décisions s'éloignent parfois de ce principe. C'est qu'il peut en effet sembler conduire dans certains cas à des absurdités. Supposons, après WENGLER, que deux Grecs se marient en France, en la forme civile, au lieu de le faire en la forme religieuse prescrite par leur loi nationale; si l'on applique le principe ci-dessus énoncé, leurs enfants ne seront légitimes que si le droit grec, désigné par le droit international privé grec, reconnaît comme putatif le mariage civil célébré en France, ce qui n'est pas sûr. On arrive donc à ce résultat que d'un côté l'officier d'état civil français doit célébrer ce mariage, et que de l'autre, si les époux sont Grecs, les enfants à naître ne seront pas forcément légitimes. Le même problème se poserait pour la légitimité d'enfants nés d'Autrichiens de religions différentes mariés en France au nom de l'ordre public et contrairement à leur loi nationale. Dans ces cas-là, l'absurdité consiste en ce qu'on ne tient pas compte d'un acte accompli sur le territoire du for, en application de la loi du for, compétente soit en vertu de l'ordre public, soit en vertu de la qualification *lege fori*.

Le seul moyen d'éviter ce résultat est de renverser le raisonnement. Si la validité d'un acte juridique accompli sur le territoire du for et en application de la loi du for constitue la question préalable à une question principale soumise à un droit étranger, on doit raisonner en partant de cet acte juridique, et en en tirant toutes les conséquences qu'il comporte dans le droit du for. Par conséquent le principe posé au texte est ici exceptionnellement écarté, parce qu'il se heurte à un principe qui lui est supérieur (nécessité de reconnaître leur plein effet aux situations acquises en vertu de la seule loi du for). Les décisions ci-dessus citées ne disent pas autre chose, et ne portent donc pas atteinte à la solution de principe du problème des questions préa-

72. — Très souvent, disions-nous, il importe peu de savoir quel est le droit international privé qui a désigné la loi compétente pour régir la question préalable, car le droit international privé du for, comme celui de l'Etat dont la loi interne était compétente pour régir la question principale, conduisent à la désignation de la même loi. Mais si l'intérêt n'existe pas toujours en ce qui concerne la détermination de la loi compétente, peut-être existe-t-il plus souvent qu'on ne pense sur le terrain de l'ordre public, chargé d'éliminer cette loi étrangère. Qu'est-ce à dire ? Si c'est le droit international privé du for qui a désigné la loi applicable à la question préalable (validité du divorce dans notre premier exemple, validité du mariage dans le second), il a lui-même procédé à l'insertion dans son ordre juridique d'une loi étrangère, de la même façon qu'il l'avait fait pour la question principale. Les deux opérations étant exactement les mêmes, il nous semble que l'ordre public doive réagir exactement de la même façon. Il n'est pas question d'« atténuer » dans le deuxième cas l'effet qu'on avait reconnu à l'ordre public dans le premier. Si au contraire la désignation de la loi étrangère applicable à la question préalable est faite par le droit international privé de l'Etat national de l'étranger, c'est que le droit international privé du for se désintéresse de la question préalable, c'est qu'il considère que celle-ci échappe à son domaine, et n'a pas à s'intégrer dans son ordre juridique. Par conséquent, quelle que soit la teneur de la loi étrangère ainsi désignée par le

lables. Dans les deux espèces citées, les conséquences que l'on demandait à titre principal de tirer du mariage (légitimité d'un enfant dans le premier cas, nom de la femme dans le second) ont été accordées, encore que le mariage ne fût pas valable (question préalable) d'après le droit international privé des Etats nationaux des intéressés. Si les tribunaux allemands se sont montrés si généreux, c'est que les deux mariages avaient été célébrés en Allemagne, en conformité de la loi allemande; si le mariage avait été célébré à l'étranger dans les mêmes conditions qu'en Allemagne, le juge allemand n'aurait pas pu en tenir compte; de plus, dans la deuxième espèce, il n'était même pas sûr que la loi allemande ne fût pas applicable à la question principale.

Une sentence du président de la Cour hanséatique de Hambourg du 5 août 1954 et un arrêt du Tribunal fédéral suisse du 11 novembre 1954 (*Revue*, 1957.50, note WENGLER) s'ajoutent à la série des décisions qui ont tranché la question préalable d'après le droit international privé de l'Etat dont la loi matérielle est applicable à la question principale. Deux époux ayant obtenu le divorce en A selon la règle de conflit de A demandent à s'y remarier. Mais leurs lois nationales, aptes à régir les conditions de fond du mariage, ne reconnaissent pas le divorce prononcé en A; le remariage est donc impossible. Ces deux décisions ne font donc même pas la restriction que nous avons faite.

Nous retrouverons ces explications et cette exception au principe à propos de l'effet réflexe de l'ordre public et à propos de l'étendue de la substitution de la loi du for à la loi étrangère au nom de l'ordre public. Voir *infra*, n° 197 et n° 198, note 1.

droit international privé de l'Etat dont la loi a été reconnue compétente pour trancher la question principale, elle ne saurait être écartée par l'ordre public du for, puisque l'ordre public a pour mission de protéger l'ordre juridique interne contre l'insertion de lois étrangères qui portent gravement atteinte à son intégrité, et qu'ici, par hypothèse, la loi en question n'est pas insérée dans l'ordre juridique du for, mais dans l'ordre juridique de l'Etat dont la loi est compétente pour trancher la question principale.

73. — Appliquons ce raisonnement à l'espèce de l'arrêt *Bulkley* de 1860. La question principale était le remariage de cette femme anglaise, la question préalable la validité du divorce prononcé aux Pays-Bas. Admettons pour le raisonnement (ce que nous n'avons pas fait pour l'histoire) qu'à cette époque, le divorce était contraire à l'ordre public français au sens du droit international privé. Si la validité du divorce était soumise à la règle de conflit française, on devait décider que ce divorce heurtait notre ordre public, car la règle de conflit française était appliquée de la même façon que si la question principale avait été la demande en divorce. Mais si la validité du divorce était soumise au droit international privé anglais (droit dont les dispositions matérielles étaient applicables à la question principale du remariage), l'ordre public français ne devait pas intervenir (115). En l'espèce, on sait qu'il n'est pas intervenu. On nous objectera sans doute que la jurisprudence actuelle permet d'expliquer cette non-intervention de l'ordre public par la théorie révisée des droits acquis, et que l'explication que nous donnons est purement gratuite. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Un arrêt beaucoup plus récent nous paraît confirmer avec bien plus d'éclat le raisonnement ci-dessus ; c'est l'arrêt connu de la Chambre des requêtes du 21 avril 1931 (116). La succession d'un immeuble sis en Cochinchine est ouverte. Par application des règles générales de conflits de lois, cette succession est soumise à

(115) A vrai dire, les faits de l'espèce, tels qu'ils sont exposés dans les jugements, arrêt d'appel et arrêt de cassation, ne permettent pas clairement de savoir si la femme était devenue hollandaise par son mariage. Au cas où elle serait restée anglaise, on peut s'étonner de voir les tribunaux français appliquer la loi hollandaise, loi du domicile de cette femme, à son statut personnel. Une telle solution n'aurait pu être rendue possible que par renvoi de la loi anglaise, loi nationale, à la loi hollandaise, loi du domicile. Or l'arrêt *Forgo* est simplement de 1878. Cette explication est donc probablement prématurée. Nous préférons celle que nous proposons au texte : le droit international privé appliqué à l'espèce étant le droit international privé anglais, celui-ci donne normalement compétence à la loi hollandaise du domicile, sans qu'on soit obligé de supposer un renvoi comme on le fait en partant de la règle de conflit française.

(116) S. 1931.I.377, concl. PILON, note NIBOYET.

la loi française. Invoquant l'article 357 (ancien, aujourd'hui 356) du Code civil, un enfant adoptif du *de cujus* (ici nous simplifions les faits, car en réalité les héritiers s'étaient étalés sur plusieurs générations, mais cette simplification n'est en aucune façon une déformation) demande à intervenir au partage au même titre que les enfants légitimes du défunt. On voit tout de suite qu'une question se pose, préalable à celle de la dévolution successorale, c'est la question de la validité de l'adoption invoquée. Or, la loi hindoue loi nationale des parties, et selon laquelle a été faite l'adoption, permet celle-ci, même lorsque l'adoptant a déjà des enfants légitimes ; or c'est là une disposition qui est contraire à l'ordre public français (117). Nul doute par conséquent que si un Hindou demande en France à se faire adopter dans les conditions de sa loi nationale, cette demande ne soit rejetée. Mais en l'espèce, cette adoption avait été réalisée à l'étranger, et la question se posait seulement d'en tirer les conséquences dans un territoire considéré comme français. On reconnaît ici la fameuse distinction entre la source des droits et leur efficacité. Par application de celle-ci on aurait dû décider que cette adoption pouvait, sans heurter l'ordre public, produire ses effets en France, alors même qu'elle n'aurait pu y être acquise. De même, si l'on raisonnait comme Raape, on aurait dû constater que, s'agissant d'une question préalable, la « *Binnenbeziehung* » n'était pas établie, et que par conséquent l'ordre public ne devait pas intervenir. Or, en l'espèce, contrairement à toute attente, l'ordre public est intervenu :

« Attendu que d'après l'article 3, alinéa 2 du Code civil, les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, sont soumis à la loi française; qu'il s'ensuit que la dévolution héréditaire en est réglée par cette même loi, quel que soit le statut personnel du *de cujus* ou de ses héritiers. Que la Cour d'appel déclare à bon droit que l'adoption invoquée ne saurait recevoir, en la cause, effet en France, alors que l'adoptant avait, à l'époque où il a exercé cette faculté, des enfants légitimes; qu'une telle adoption est en effet contraire aux prescriptions de l'article 344 du Code civil, lequel, concernant l'état des personnes, intéresse l'ordre public. »

Il faut d'abord dissiper une confusion qui s'est glissée dans cet arrêt comme dans tous ceux qui ont été rendus au cours de la même période. En effet, une lecture rapide de l'arrêt ferait croire à la compétence *normale* de la loi française pour régler l'adoption litigieuse, car l'arrêt applique l'article 344 du Code civil ; mais

(117) Ou, en tout cas, qui était contraire à l'ordre public français avant la loi du 17 avril 1957.

il prend soin de dire que ce texte intéresse l'ordre public. Cela signifie que toute loi étrangère différente de l'article 344 est contraire à l'ordre public français, et que la loi française doit toujours être appliquée au nom de l'ordre public. Ce fait ne doit pas cacher que, normalement, la validité de l'adoption était de la compétence de la loi nationale des intéressés, laquelle a été éliminée au profit de la loi française, loi du for (118).

Ceci posé, on peut expliquer l'arrêt à la lumière des explications qui précèdent. La question principale était la dévolution successorale, la question préalable la validité de l'adoption. Or, l'arrêt se soucie fort peu de cette distinction, et écarte au nom de l'ordre public la loi applicable à la validité de l'adoption, sans tenir compte de sa qualité de question préalable, ou, dans la terminologie plus courante, de sa qualité de droit acquis. Donc, ce n'est pas parce que la question est préalable que l'ordre public ne doit pas intervenir contre la loi qui la régit. En réalité, l'élément déterminant qui permet à l'ordre public d'intervenir, c'est l'application à la question préalable du droit international privé du for. Or, dans cette affaire successorale, on était amené, en vertu des principes ci-dessus exposés, à appliquer le droit international privé français à la question de la validité de l'adoption. En effet, la question principale était soumise à la loi française par le droit international privé français (dévolution successorale). La question préalable, qui est soumise, avons-nous écrit, au droit international privé de l'Etat dont la loi matérielle est applicable à la question principale, était donc par là soumise au droit international privé français. Ainsi s'explique l'intervention en l'espèce de l'ordre public. Nous pensons que c'est ainsi qu'il faut comprendre cet arrêt que la doctrine n'est jamais arrivée à expliquer complètement.

Le résultat n'a d'ailleurs rien qui puisse choquer. Il est normal qu'une succession soumise à la loi française ne soit pas attribuée à des personnes qui ne doivent leur titre d'héritier qu'à l'application d'une loi qui, non seulement n'est pas conforme à la loi interne française, mais est aussi contraire à son ordre public. La nécessité d'un règlement successoral cohérent entraîne comme corollaire que toutes les questions qui s'y rapportent soient soumises à un ordre public commun. C'est là le minimum qu'on puisse exiger, et c'est déjà une importante concession à l'esprit inter-

(118) Sur la confusion entre une loi étrangère contraire à l'ordre public du for et une loi du for d'ordre public, voir *infra*, n^{os} 118 et suiv.

national que de renoncer si souvent à son règlement national des conflits de lois (119).

Au contraire, si la succession avait été soumise à une loi étrangère (cas où les tribunaux français sont saisis d'une succession mobilière laissée en France par une personne domiciliée à l'étranger), les tribunaux n'auraient pas cherché à apprécier la conformité à l'ordre public du for de la loi reconnue compétente par le droit international privé de l'Etat étranger à la loi duquel était soumise cette succession, pour décider de la validité de l'adoption. En effet, l'ordre juridique du for n'est *concerné* que par les principes généraux de dévolution successorale de la loi à laquelle il donne compétence. Les lois auxquelles la règle de conflit de cet Etat étranger est amenée à faire appel pour trancher les questions de succession qui lui ont été attribuées par le droit international privé du for n'intéressent nullement l'ordre juridique du for. Les Allemands auraient dit de cette situation litigieuse (validité de l'adoption), qu'elle ne se rattachait pas au for ; quant à nous, nous préférons dire que l'ordre public du for n'a pas prise sur elle, car *elle ne se rattache pas au système de conflits de lois dans l'espace du for* (120).

74. — Nous pouvons formuler maintenant en termes plus didactiques le principe de solution qui nous paraît le plus exact : *Lorsqu'un juge saisi d'une situation de droit international privé, est amené à appliquer une loi étrangère à une question préalable à celle qu'il doit principalement trancher, il ne peut écarter cette loi au nom de l'ordre public que si la solution de la question principale avait été attribuée à la loi interne du for par le droit international privé du for.*

Il est temps de justifier maintenant le titre que nous avons donné à ce chapitre : Fonctionnement nécessaire de la règle de conflit du for. En effet dans tous les cas où l'ordre public n'intervient pas contre une loi étrangère alors qu'il semble que normalement il aurait dû le faire, c'est que ce n'est pas la règle de conflit

(119) Sur la nécessité pour le droit international privé de ménager le caractère systématique et la cohérence des droits privés internes, voir BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, n^{os} 10 et suiv.

(120) Le même raisonnement aurait pu être tenu à l'aide d'un récent arrêt de la Cour de cassation (Civ. I^{re}, 28 janv. 1958, D. 1958.465, note LE NOAN, J.C.P. 1958.II.10483, note LOUIS-LUCAS). Partant d'une question principale soumise à la loi tunisienne (obligation alimentaire entre époux tunisiens), la Cour suprême refuse d'opposer l'ordre public à la question préalable (validité d'un mariage polygamique), soumise à la loi tunisienne par le droit de conflit tunisien.

française qui a donné compétence à cette loi étrangère. L'ordre public n'intervient que lorsque celle-là a désigné directement celle-ci.

On a remarqué que nous sommes arrivés à ce résultat par la distinction entre la *Vor-* et la *Hauptfrage*. Nous voulons ici rendre hommage à l'extrême lucidité de l'auteur qui a su découvrir ce problème. Ajoutons qu'en l'envisageant du point de vue de l'ordre public nous apportons un argument supplémentaire à ceux qui pensent que la question préalable doit être résolue dans tous les cas par le droit international privé de l'Etat dont la loi est applicable à la question principale.

Avant d'étudier quel est le fonctionnement pratique de ce système, il importe d'éliminer tout de suite quelques objections d'ordre théorique qui pourraient lui être opposées.

B. — RÉFUTATION DE CERTAINES OBJECTIONS.

75. — S'il est vrai que l'ordre public n'intervient pas à l'encontre de la loi applicable à la question préalable lorsque et parce que cette loi a été désignée par un droit international privé étranger, il faut que les deux propositions suivantes ne soient pas discutées :

1° La loi applicable à la question principale est toujours désignée par le droit international privé du for ; sinon, il semblerait que dans les cas où il n'en est pas ainsi l'ordre public ne puisse intervenir, même en matière de questions principales, ce qui paraît absurde ;

2° La loi applicable à la question préalable n'est jamais désignée par la règle de conflit du for en tant que telle. Il se trouve que certaines apparences qu'il faut examiner peuvent faire douter de la solidité de ces propositions.

76. — La critique de la première proposition s'appuierait principalement sur l'existence en droit positif du renvoi. Par le renvoi, la règle de conflit appliquée à la question principale est une loi étrangère. Ne serait-on pas amené, dans ces conditions, à la conclusion tout à fait inexacte en droit positif que l'ordre public ne devrait pas jouer contre une loi étrangère qui n'est appliquée que par l'effet du renvoi ? La question est assez embarrassante, mais la difficulté n'est pas insoluble. Pour y répondre, on songera d'abord à se placer sur le terrain de la nature du renvoi. En effet, pour un adepte de la théorie de Lerebours-Pigeonnière, qui voyait dans la règle de conflit étrangère une règle française subsidiaire, il n'y a pas de difficultés, puisqu'on n'a pas appliqué de règle étrangère. Discuter la valeur de cette opinion serait sortir du cadre de cette

étude ; ce serait en outre inutile, car nous ne placerons pas la discussion sur ce terrain. Suivant en cela l'enseignement de M. Batiffol (121), nous préférons nous placer du point de vue de la comparaison entre les deux problèmes en présence. En matière de renvoi, il existe un « conflit de règles de conflit » applicables à la même situation. Le droit français, en face de cela, a choisi le parti de composer avec la loi étrangère de conflit, de « coordonner » la règle de conflit française et la règle de conflit étrangère. Cela ne signifie pas du tout que le droit international privé du for se désintéresse de la question. Il ne « cède » en quelque sorte à la loi étrangère que par esprit de transaction. Il est normal qu'il conserve le contrôle nécessaire de l'ordre public sur la loi qu'il accepte de ne plus désigner qu'indirectement. A la différence du juge anglais, il ne cherche pas à appliquer la loi que le juge étranger aurait appliquée à l'affaire s'il en avait été saisi, et il sait très bien que si ce juge étranger admet lui aussi le renvoi, il appliquera en fait une autre loi que lui. (Exemple du régime matrimonial d'un ménage français domicilié en Grèce : le juge français appliquera la loi française par renvoi de la loi grecque du domicile, tandis que le juge grec appliquera la loi grecque par renvoi de la loi nationale française.) Dans ces cas, il ne fait aucun doute que la contrariété à l'ordre public du for de cette loi étrangère désignée par renvoi sera appréciée de la même façon que si cette loi étrangère avait été désignée sans renvoi.

Au contraire, en matière de question préalable, aucun conflit n'existe entre plusieurs règles de conflit. Si le droit international privé du for a abandonné à une règle de conflit étrangère le soin de désigner la loi compétente pour régir la question préalable, ce n'est plus dans l'esprit de la mieux localiser, mais véritablement parce qu'il s'en désintéressait ; le for estime que la question est sortie de son orbite, et qu'il n'a plus à s'occuper de cette besogne.

En matière de renvoi, même quand on applique la règle de conflit étrangère, c'est néanmoins le droit international privé du for que l'on applique (122). Si l'on n'admet pas cela, tous les arguments contre le renvoi reprennent leur valeur. En matière de question préalable, ce n'est pas seulement la règle de conflit étrangère que le droit international privé du for prescrit d'appliquer, mais véritablement l'ensemble du droit international privé étranger.

(121) *Traité*, 2^e éd., n° 305 ; *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, n°s 137-138.

(122) Sur cette distinction entre le conflit de lois et le droit international privé, voir la note de M. FRANCESCOAKIS, *Revue*, 1954, p. 552, *in fine*.

Il y a, en somme, une absolue délégation de compétence d'un droit international privé à l'autre. Le premier aliène même son contrôle de l'ordre public.

77. — C'est ici que se greffent les critiques que l'on pourrait opposer à la deuxième proposition que nous avons avancée. Comment pouvez-vous dire, nous opposera-t-on, que le droit international privé du for ne s'applique pas à la question préalable, alors que les tribunaux français, de façon unanime, exigent, pour reconnaître en France les effets d'un divorce prononcé à l'étranger, que la loi appliquée en fait à ce divorce ait été la loi déclarée applicable par le système de droit international privé français ? Il est facile de montrer le but de cette exigence, et, partant, l'inanité de l'objection. Voici deux époux français qui vont s'installer aux Etats-Unis ; ils y divorcent, selon la loi américaine de leur domicile, et l'un d'eux revient en France pour s'y remarier. Son divorce antérieur n'y sera pas reconnu, car la loi applicable était la loi française. Mais si la même aventure était arrivée à deux époux anglais, dont l'un serait ensuite venu se remarier en France, leur divorce aurait été reconnu valide. La règle selon laquelle l'exequatur ne peut être accordé si le juge étranger n'a pas appliqué la loi désignée par le droit international privé français ne signifie pas que la règle de conflit française soit applicable dans tous les cas à la question préalable. Elle signifie que la règle de conflit française doit être appliquée quand la question principale est soumise à la loi française, et que la règle de conflit étrangère doit être appliquée quand la question principale est soumise à la loi étrangère. Telle est la prescription du droit international privé français, pris ici dans un sens très général. Quand nous avons écrit que ce droit se désintéressait de la question préalable quand la question principale échappait à la loi française, nous avons voulu dire qu'il renonçait à imposer sa propre solution pour laisser place à celle d'un droit étranger. Il n'y a donc pas désignation directe d'une loi, mais désignation d'un système de conflit auquel il faut se tenir. Dans ces espèces, le juge français entend trancher la question préalable exactement comme l'aurait tranchée le juge étranger (123) de l'Etat dont la loi est compétente pour régir la question principale. Il n'entend pas évidemment la trancher n'importe comment. Il se peut que le juge qui a statué n'ait pas respecté le droit international privé de cet Etat étranger. Alors sa décision ne

(123) C'est ce qui fait d'ailleurs la différence avec l'application de la règle de conflit étrangère en vertu du renvoi. Voir *supra*, n° 76.

sera pas reconnue par le juge saisi de la question principale. Un exemple tiré de la jurisprudence va prouver l'exactitude de l'interprétation que nous donnons de la règle selon laquelle le droit international privé français doit avoir été respecté par la décision étrangère dont on requiert l'*exequatur*. Il s'agit d'un jugement du tribunal civil de Marseille du 4 décembre 1880, confirmé par adoption de motifs par la Cour d'appel d'Aix le 11 juillet 1881 (124). Un Espagnol vivant en France meurt en y laissant des immeubles. Il avait fait un testament olographe pleinement valable d'après l'article 970 du Code civil français. Il laissait en même temps en Espagne d'autres biens dont l'un des successibles déshérités demandait le partage. Les tribunaux espagnols ayant annulé le testament olographe nul en droit espagnol, le légataire universel accepta en justice de partager avec ses cohéritiers les biens qui se trouvaient en Espagne. Puis le même parent déshérité demanda au tribunal de Marseille l'*exequatur* du jugement qu'il avait ainsi obtenu en Espagne. Cet *exequatur* lui a été refusé. On aurait pu dire qu'en effet le jugement espagnol ne pouvait obtenir l'*exequatur* en France car il avait méconnu la règle de conflit française qui applique la maxime *locus regit actum* à la forme des testaments. Mais le tribunal de Marseille a fait preuve en l'espèce d'un très grand discernement. Il a tout de suite remarqué que le litige portait sur des immeubles sis en France, et que par application de l'article 3 du Code civil la loi française était seule compétente.

Reprenons maintenant les expressions dont nous nous sommes servis : la question principale était la dévolution successorale des immeubles, la question préalable la validité du testament. La première étant soumise à la loi française, la seconde devait être réglée selon le système de conflit de lois français ; c'est de cela que le jugement espagnol n'avait pas tenu compte, et c'est pourquoi il n'a pas obtenu l'*exequatur*. Mais il faut aller plus loin. Si la succession avait été soumise à la loi espagnole, le juge français n'aurait pas pu reprocher au juge espagnol d'avoir méconnu la règle de conflit française, car, selon notre thèse, la question principale étant soumise à la loi espagnole, c'était la loi de conflit espagnole qui aurait dû désigner la loi applicable à la question préalable. Le tribunal l'a bien vu, qui, dans ses derniers attendus, s'exprimait ainsi :

« Attendu qu'au reste cette déclaration faite en Espagne n'est point sans effet ; qu'au contraire, s'il s'agit de biens situés en Espa-

(124) S. 1893.II.249, note LABBÉ, *Clunet*, 1882.426.

gne, elle était parfaitement valable, et le sieur *J. Meras* (le légataire) était en droit de la faire, quant à ce qui concernait, en Espagne, la succession réputée *ab intestat*. Qu'elle s'appliquait donc régulièrement aux biens délaissés par le sieur *F. Meras*, situés en Espagne. »

L'objection s'est donc effondrée. Il est même devenu inutile de chercher à diminuer sa portée en montrant la mansuétude de la jurisprudence dans l'exigence du respect du droit international privé français, mansuétude qui la fait accorder l'*exequatur* à une décision étrangère qui n'a pas appliqué la loi désignée par la règle de conflit française, mais une autre loi qui aboutissait au même résultat de fait.

78. — Cette thèse, provisoirement débarrassée des obstacles théoriques qui risquaient d'obstruer son chemin, est-elle satisfaisante sur le plan pratique ? Correspond-elle à l'évolution générale de la jurisprudence ? Est-elle applicable à toutes les hypothèses, en toutes circonstances ? C'est ce qu'il nous reste à démontrer dans un dernier paragraphe.

§ 2. — Applications pratiques.

79. — Tout ce qui a été dit jusqu'ici suppose admise la proposition suivante : chaque fois qu'une personne forme en justice une demande B, elle doit justifier d'une certaine situation A sur laquelle peut se fonder la demande B. Ce fractionnement est-il toujours possible ? C'est la question qu'il faut ici résoudre. Pour le faire, nous distinguerons les situations étrangères concernant l'état des personnes (les jugements étrangers relatifs à l'état des personnes ayant en général effet en France sans *exequatur*), et les autres jugements étrangers soumis à *exequatur*.

A. — ETAT DES PERSONNES.

80. — Les deux domaines les plus classiques d'intervention de l'ordre public sont le divorce et la paternité naturelle. Examinons-les successivement. Nous verrons ensuite que, pour les autres cas, il n'y a pas de véritables difficultés.

81. — 1° *Divorces*.

Il a déjà été dit maintes fois comment la question devait être posée : les conditions du mariage, ou plutôt du remariage, constituent la question principale, soumise à la loi nationale des futurs époux ; la validité du divorce antérieur est la question préalable, tranchée d'après le droit international privé de l'Etat dont la loi interne était compétente pour trancher la question principale.

Il a été précisé que l'ordre public du for ne pouvait intervenir que si la question préalable était réglée par le système de conflits de lois du for, c'est-à-dire si la question principale était soumise à la loi interne du for. Il se trouve qu'un cinglant démenti a été apporté à cette thèse par le célèbre arrêt *Rivière*. Celui-ci a en effet considéré comme un droit acquis le divorce par consentement mutuel, intervenu en Equateur selon la loi équatorienne, d'un ménage dans lequel la femme était Française. Or, d'après les principes que nous avons dégagés, la question principale, validité du remariage contracté par cette Française, était soumise à la loi interne française, loi nationale de la femme ; aussi le droit international privé français devait-il s'appliquer directement à la question préalable, validité du divorce équatorien, et l'ordre public français intervenir avec son plein effet. Il faut donc chercher à expliquer ou à critiquer cette décision.

En premier lieu, remarquons que si la Cour de cassation avait fait jouer en l'espèce l'ordre public, elle n'aurait pas pu opérer dès ce moment la révolution que cet arrêt apporta sur le terrain du conflit de lois ; quand on porte en soi-même une telle nouveauté, il est difficile de résister à la première occasion de la mettre bas. On sait que cette révolution a consisté, contrairement à l'article 3 du Code civil, à soumettre à la loi du domicile commun le divorce d'époux de nationalités différentes. On sait aussi que, si la Cour de cassation a consacré à nouveau cette solution (125), des résistances se sont manifestées parmi les juges du fait (126), et dans la doctrine (127). Sans reprendre toutes les critiques qui ont été adressées à la doctrine de l'arrêt *Rivière*, montrons cependant les inconvénients de sa solution sur le terrain de l'ordre public.

82. — Quand jusqu'ici la jurisprudence n'opposait pas l'ordre public aux divorces d'étrangers prononcés à l'étranger, c'est qu'elle n'avait à connaître de ces divorces qu'à titre de question préalable à des questions principales concernant le statut personnel de ces

(125) Civ. 15 mars 1955, LEWANDOWSKI, *Revue*, 1955, p. 320, note BATIFFOL.

(126) Trib. civ. Seine, 27 janv. 1956, *Revue*, 1956, p. 497, note FRANCESCAKIS ; Trib. civ. Nice, 24 oct. 1956, *Gaz. Pal.*, 8-11 déc. 1956 ; Trib. civ. Seine, 28 mars 1958, *Patino*, *Gaz. Pal.*, 1^{er} juill. 1958, qui applique la loi du for au divorce d'époux de nationalités différentes. *Contra* : Trib. civ. Seine, 24 déc. 1957, *Gaz. Pal.*, 1958.I.256.

(127) FRANCESCAKIS : « Une extension contestable de la jurisprudence *Rivière* », *Clunet*, 1956, p. 254 ; du même auteur, notre sous Trib. civ. Seine, 27 janv. 1956, précité ; Adde MEZGER, *Revue*, 1954, p. 825 ; RIGAUD, *Revue*, 1955.152 ; LOUIS-LUCAS, J.C.P. 1956.II.9351.

étrangers, et par conséquent soumises à leur loi nationale étrangère. Au contraire, elle refusait toujours de reconnaître les divorces survenus à l'étranger entre Français dans des conditions plus larges que la loi française, car elle avait à connaître de ces divorces à propos de questions concernant le statut personnel de ces Français, et par conséquent soumises à la loi française. Le système était harmonieux. D'après la nouvelle jurisprudence, le juge français doit appliquer au statut personnel d'un Français tantôt une loi étrangère et tantôt la loi française. Désormais, il suffit à un Strasbourgeois marié à une Allemande incurable dont il ne peut légalement se séparer de traverser le pont du Rhin, et de se domicilier à Kehl pour divorcer. Et si la fraude à la loi n'est pas clairement établie, on ne pourra même pas, à son retour en France, opposer l'ordre public à son divorce. Il nous paraît inopportun, dans un système qui admet encore la prédominance de la loi nationale, qu'un Français puisse aller à l'étranger acquérir une situation relative à son statut personnel qu'il n'aurait pu obtenir en France. Mieux encore. Un ménage mixte italien-espagnol veut divorcer. Il suffit aux époux de s'installer en France et d'y demander le divorce, contrairement à ce qu'il y a de plus sacré dans leurs lois nationales (128). Réciproquement, un tribunal français ne pourrait prononcer le divorce d'un ménage anglo-français domicilié en Italie, alors que la loi anglaise et la loi française autorisent le divorce. Toutes ces solutions sont regrettables. Elles portent une grave atteinte à la cohérence et à la permanence si nécessaires du statut personnel. Par ces arguments, nous ne défendons pas le vieux système qui soumet le statut personnel à la loi nationale. Nous admettons aussi bien le système du domicile. Mais il faut choisir l'un ou l'autre et s'y tenir. Or, les arrêts *Rivière* et *Lewandowski* ont pour résultat d'introduire un peu du système du domicile dans un système donnant une compétence générale à la loi nationale. Désormais le statut personnel d'une même personne est fractionné entre plusieurs lois. On méconnaît donc l'unité foncière des matières contenues dans le statut personnel.

Tous ces inconvénients peuvent cependant être atténués par un recours plus large à l'idée de l'ordre public. Esclave de sa théorie de l'effet atténué de l'ordre public, la Cour de cassation n'a pas pu faire intervenir cette notion contre le divorce d'un Français survenu dans des conditions pourtant contraires à l'ordre public fran-

(128) Cette conséquence a cependant été écartée par l'avant-projet de Code civil, art. 64. Cf. *La codification du droit international privé*, Paris, 1956, pp. 171 et suiv.

çais. Le système que nous recommandons aurait imposé cette intervention (129). A ses résultats, nous l'estimons meilleur que celui de la Cour de cassation. Dans une espèce semblable, où il s'agissait d'un ménage franco-suisse divorcé en Suisse selon la loi suisse, le tribunal de la Seine avait décidé que « l'autre époux étant demeuré de nationalité française, les règles de l'ordre public en France s'opposent à ce qu'une telle décision y reçoive son exécution » (130).

C'était là la juste solution. C'est aussi celle qui triomphe en général à l'étranger (131).

83. — 2° *Paternité naturelle.*

De façon quasi générale, la jurisprudence reconnaît l'effet en France d'une filiation paternelle naturelle établie à l'étranger dans des conditions plus larges que ne le permet la loi française. Là encore, il est facile de faire la distinction entre la question principale et la question préalable. Voici un étranger qui meurt domicilié en son pays en laissant cependant des biens meubles en France. Cette succession mobilière est soumise à la loi étrangère du domicile de cet individu. Une personne se prétendant enfant naturel du *de cujus* se présente devant le juge français et réclame sa part de succession. Le succès de sa demande dépend de la solution donnée à la question préalable de sa filiation. La succession étant soumise à la loi étrangère, la filiation est soumise à un droit international privé étranger, et échappe au contrôle de l'ordre public français. Au contraire, si l'étranger était mort domicilié en France, sa filiation aurait été tranchée par le droit international privé français, et, à notre avis, l'ordre public français aurait dû intervenir si la loi déclarée compétente lui était contraire. Là encore, c'est la cohérence du règlement successoral qui commande la question. Si la succession est soumise à la loi française, l'aptitude à succéder, et par conséquent la filiation, doivent être établies dans des conditions conformes à l'ordre public français. Ce n'est pas la même chose si la succession est soumise à la loi

(129) Voir sur ce point les très remarquables observations de M. l'avocat général GAVALDA : « Remarques sur l'arrêt Rivière », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1951-54, pp. 132, 133 et 134.

(130) Seine, 10 juin 1936, *Revue*, 1937.196.

(131) Voir en Italie les arrêts des Cours d'appel de Gênes du 28 févr. 1938, *Clunet*, 1939.171 ; de Bologne, 7 nov. 1935, *Clunet*, 1939.169 ; de Milan du 27 déc. 1938, *Clunet*, 39.763 ; de Fiume, du 10 juin 1937, *Clunet*, 1938.932. Adde les arrêts de l'ancienne Cour d'Etat d'Estonie des 4 et 29 avril 1922, *Clunet*, 1937.129. *Contra* : Trib. fédéral suisse, 13 mai 1938, *Clunet*, 1951.938.

étrangère. C'est d'ailleurs de ce principe que la Cour de cassation a fait application dans l'arrêt ci-dessus analysé de la Chambre des requêtes du 21 avril 1931 (132).

Parfois cependant, la distinction est moins claire. Il s'agit de cas où les tribunaux français sont requis de donner immédiatement l'*exequatur* à un jugement étranger de paternité naturelle condamnant un prétendu père à une pension alimentaire envers un enfant mineur. En ces cas il semble bien qu'il n'y ait pas de question préalable. Cependant, ce n'est là qu'une illusion. Le juge français, à qui un jeune Allemand demande de donner *exequatur* à un jugement allemand lui accordant une pension alimentaire, se place, en ce qui concerne l'ordre public, dans l'hypothèse où il aurait été placé en cas d'une demande directe de pension alimentaire. La question se serait alors posée au juge dans les termes suivants :

a) Question de l'obligation alimentaire, soumise à la loi nationale des parties (sous réserve des très récentes conventions signées en 1956, l'une à La Haye, l'autre à New York, mais non encore ratifiées). Or cet enfant est Allemand ; la question principale est donc soumise à la loi allemande.

b) L'obligation alimentaire n'est due que si un lien de filiation est établi. Or c'est au droit international privé allemand qu'il faut demander si ce lien existe ; il désigne la loi allemande d'après laquelle a été rendu en Allemagne un jugement établissant un lien suffisant. L'ordre public français n'étant pas concerné ne peut intervenir.

Certes, on peut objecter que, dans ce système, on ne sait jamais si l'*exequatur* doit être accordé, car on ne sait pas à quoi servira le jugement dont on demande l'*exequatur*, et par suite à quelle loi sera soumise la question principale et si l'ordre public est susceptible d'intervenir. Mais la pratique montre que cette crainte n'est pas fondée. Dans l'exemple de la filiation, le Code civil allemand indique bien que cette filiation est purement alimentaire. Le juge de l'*exequatur* sait bien qu'elle ne pourra servir qu'à réclamer une pension alimentaire. Sans doute il se peut qu'une loi étrangère accorde une filiation complète dans des conditions aussi larges que la loi allemande quand elle accorde une filiation simplement alimentaire, mais dans un cas pareil, le juge français attendrait que cet étranger s'en prévale en France au cours d'un procès, et c'est à ce moment qu'il l'accueillerait ou la rejetterait. Notons d'ailleurs que le fait pour le juge d'avoir tenu compte

(132) Voir *supra*, n° 73.

dans une affaire déterminée de la filiation d'un étranger obtenue à l'étranger ne le lie pas pour une autre affaire, l'autorité de chose jugée ne s'étendant qu'à la question principale (133).

Si maintenant il s'agit d'une demande en *exequatur* d'un jugement beaucoup plus précis, accordant par exemple une succession mobilière à cet enfant, on isolera la question préalable de la même façon qu'on a fait pour le jugement de pension alimentaire : le juge français recherchera quelle loi était applicable à la succession mobilière et, selon que c'est la loi française ou une loi étrangère, l'ordre public pourra ou non intervenir.

Il nous semble que ces principes et exemples permettent de trancher toutes les questions relatives à l'état des personnes, dans lesquelles l'ordre public peut avoir à intervenir. Il faut maintenant envisager le cas des jugements étrangers qui ne peuvent avoir effet en France que par l'*exequatur*.

B. — JUGEMENTS ÉTRANGERS TOUJOURS SOUMIS A L'EXEQUATUR FRANÇAIS

84. — Nous allons ici mesurer l'exactitude de la proposition que nous avons avancée bien plus haut, selon laquelle l'ordre public, en matière d'*exequatur*, produisait un effet « atténué », c'est-à-dire pas d'effet du tout, dans les seules matières relatives à l'état des personnes, tandis que dans les matières patrimoniales la distinction entre source et contenu des droits était inappliquée (134) et l'ordre public produisait tous ses effets.

Voici un individu qui demande à un tribunal français l'*exequatur* d'un jugement étranger condamnant un mineur pour dette née d'un contrat soumis par les parties à la loi personnelle de ce mineur, loi qui, par hypothèse, ne le protège pas. Cherchant à apprécier si l'ordre public doit écarter cette loi étrangère, le juge français doit tenir le raisonnement suivant :

(133) Voir dans ce sens, en matière de nationalité il est vrai, Civ. 24 mai 1949, Israël, *Revue*, 1949.501, note MOTULSKY ; cf. BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n° 158, *in fine*.

(134) On s'est souvent appliqué à montrer que dans le droit des conflits, que ce soit dans l'espace ou dans le temps, on ne faisait pas la distinction entre le contrat ou toute autre source d'obligation et l'obligation, mais que le contrat (source du droit), absorbait dans son régime l'obligation (contenu du droit). En matière d'ordre public, exception à la solution normale, on ne voit pas pourquoi la distinction serait mieux faite. Mais il est assez curieux de remarquer que c'est un phénomène d'absorption inverse qui se réalise ; en matière d'ordre public, c'est l'obligation qui absorbe sa source. En effet, s'il en était autrement, l'ordre public ne fonctionnerait jamais contre la source de l'obligation, qui serait considérée comme un droit acquis.

a) Le motif immédiat de cette demande en *exequatur* est de faire une saisie sur un bien du mineur qui se trouve en France. Or la saisie, question principale, est soumise à la loi du for;

b) Cette saisie n'est possible que si le saisi est débiteur du saisissant. Pour savoir cela, on consulte le droit international privé du for (français) qui donne compétence à la loi étrangère du contrat. Cette loi étrangère, contraire à notre ordre public (intéressé puisque le droit international privé a fonctionné) sera écartée, et l'*exequatur* refusé, sans qu'on puisse dire qu'il s'agit d'un droit acquis. Ainsi s'explique aussi l'intervention de l'ordre public dans l'arrêt *Chemins de fer portugais* de 1944, précité.

Par conséquent la méthode que nous employons nous conduit à écarter le plus souvent l'intervention de l'ordre public en matière extrapatrimoniale quand il s'agit d'une situation que la jurisprudence française qualifie d'« acquise » à l'étranger, et à l'accueillir en matière purement patrimoniale.

85. — Au terme de ce long chapitre, nous pouvons donc affirmer que la condition indispensable à l'intervention de l'ordre public, intervention que nous n'avons encore qu'effleurée, est le fonctionnement de la règle de conflit du for. Voyons maintenant ce que celle-ci doit décider pour laisser ouverte la possibilité de cette intervention.

CHAPITRE II

LA DESIGNATION DE LA LOI ETRANGERE

86. — A partir du moment où l'on pose comme principale condition à l'intervention de l'ordre public le fonctionnement de la règle de conflit du for, on est très logiquement conduit à exiger comme seconde condition que celle-ci donne compétence à la loi étrangère. Sans cela, il n'est pas de comparaison possible entre la loi interne du for et la loi interne étrangère.

Cela ne veut d'ailleurs pas dire que la règle de conflit elle-même ne sera pas dans certains cas déterminée en fait par des motifs d'ordre public. Il ne fait pas de doute, par exemple, que la règle de conflit « *locus regit actum* » a un fondement différent selon les actes visés; on admettra que par dérogation à cette règle, un étranger teste en France selon les formes de sa loi personnelle (1). Mais si cet étranger s'avise de venir se marier en France dans les seules formes religieuses que connaît sa loi nationale, les tribunaux français refuseront de reconnaître la validité de ce mariage, en invoquant le caractère impératif de la règle *locus regit actum*. Il n'est pas besoin d'aller chercher bien loin le fondement de ce subit raidissement de la jurisprudence. Dans le cas du mariage, l'ordre public français est intéressé au strict respect de la règle *locus regit actum*, au moins quand elle donne compétence à la loi française; dans le cas du testament, au contraire, l'ordre public n'étant pas

(1) Civ., 20 juillet 1909, S. 1915.I.165.

du tout intéressé, le juge français adoptera une attitude plus « détendue ». Mais ce n'est pas de cet ordre public que nous avons à nous occuper : en effet, si l'on approfondit un peu le fondement de toute règle de droit, que ce soit une règle de conflit ou une règle de droit matériel, on trouvera toujours un élément d'ordre public ou d'intérêt général. Il s'agit ici de tout autre chose. L'ordre public qui va intervenir n'a pas pour objet de consolider le caractère obligatoire d'une règle de conflit, mais au contraire de lui faire échec en substituant une autre loi à celle qui serait normalement compétente. Il est clair que cette substitution ne peut pas se faire si c'est la loi du for qui est désignée par la règle de conflit du for.

A la vérité, en écrivant cela, on ne fait que suivre la voie ouverte depuis une soixantaine d'années par le génie de Martin (2). Ce dernier a su montrer que l'ordre public conduisait à une application exceptionnelle de la loi du for à la place d'une loi étrangère normalement compétente, et, par là, il permit de distinguer cette hypothèse de l'ordre public des solutions où l'application de la loi du for est parfaitement normale. Après lui, mais à partir de lui, un demi-siècle de jurisprudence a permis d'approfondir cette distinction et de mesurer avec plus de précision les différences qui opposaient ces deux groupes de solutions. Il convient donc de rechercher en quoi consiste cette distinction (Section I), et quels en sont les intérêts pratiques (Section II).

SECTION I

LA DISTINCTION ENTRE L'APPLICATION NORMALE ET L'APPLICATION EXCEPTIONNELLE DE LA LOI DU FOR

87. — A la fin du XIX^e siècle triomphait encore, au moins en France et en Italie, le système de Mancini de la personnalité des lois. D'après cette doctrine, reprise et adaptée en France par Pillet, toute situation juridique devait être dans la mesure du possible rattachée à la loi nationale de son titulaire; à un Italien, on devait appliquer la loi italienne, et à un Français, la loi française. Mais, à l'usage, cette idée était impraticable si on l'appliquait de façon absolue. Lorsque un Italien achetait un immeuble en France, même à un autre Italien, il était difficile d'appliquer la loi italienne à la question de savoir dans quelles conditions s'opéraient le transfert de propriété ou les mesures de publicité; si ce même Italien

(2) *Etudes de droit international privé*, Paris, 1889.

commettait un délit en France, il était impossible d'apprécier sa responsabilité pénale et civile d'après la loi italienne. Il y avait donc des cas nombreux devant lesquels le principe de la nationalité devait céder, et il était nécessaire, pour la cohérence de la doctrine, de trouver un dénominateur commun à toutes ces exceptions. Mancini devait le trouver dans l'idée d'ordre public. En effet, si le juge italien appliquait la loi italienne aux actions relatives à un immeuble sis en Italie, c'était pour des raisons d'ordre public. De même pour un délit commis en Italie par des étrangers. Au terme de cette recherche, Mancini arrive à opposer le bloc loi nationale au bloc loi territoriale, c'est-à-dire ordre public. En France, Pillet suit la même méthode, avec une nuance cependant. Fidèle à la méthode exégétique, c'est dans le Code civil qu'il va rechercher le fondement de ces exceptions, et l'article 3, alinéa 1, viendra opportunément lui rappeler que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire (3). Dès lors, il suffira de considérer comme des lois de police et de sûreté toutes les lois internes qui s'imposent même aux étrangers, pour n'avoir plus qu'un seul groupe d'exceptions au principe de la nationalité. Là encore, au terme de cet effort, on arrive à un système dualiste de solution des conflits de lois dans l'espace : les lois de police, lois « générales » qui ont pour but la protection de l'intérêt social, pris dans son sens le plus large, c'est-à-dire de l'ordre public (4), et les lois « permanentes », concernant principalement l'état des personnes et qui suivent celles-ci même à l'étranger.

Le système ressemble étrangement à celui de d'Argentré, à cette différence près que le fondement en est exactement inverse; dans les deux cas, l'idée de territorialité chez l'un, d'ordre public chez l'autre recouvre un amas de solutions à fondements très divers : situation des biens, lois de procédure, lieu de réalisation des actes et faits juridiques, etc... Si Mancini considère les lois d'ordre public comme une vaste exception au principe personnaliste, Pillet reconnaît, comme le faisait d'Argentré pour les lois personnelles, qu'il s'agit là d'« une seconde règle dont l'effet international est aussi plein et aussi complet que celui de la première ». En affirmant cela, Pillet n'entend pas revenir sur la compétence de principe qu'il

(3) *Traité de droit international privé*, éd. 1923, T. I^{er}, n° 48, p. 131; voir aussi du même auteur, *L'ordre public en droit international privé*, Grenoble, 1890.

(4) Pour une recherche des lois d'ordre public, voir par exemple DESPAGNET, « L'ordre public en droit international privé », *Clunet*, 1889, pp. 5 et 207.

reconnaît à la loi personnelle; il veut simplement dire que lorsqu'elle est écartée, la loi nationale ne l'est pas « *ut singuli* », en considération de sa teneur concrète, ou de son application à l'espèce. Elle est écartée *a priori*, de façon générale, le législateur estimant que ce n'est pas à elle qu'il appartient de régler cette situation, mais à la loi territoriale. L'ordre public est donc dans ce système une exception au principe général de solution des conflits de lois dans l'espace; il n'est pas une exception à la solution particulière normale de chaque conflit de lois. Au niveau de l'application du droit international privé à chaque espèce, il ne pose donc aucun problème sérieux, la solution que l'on donne étant en effet valable pour une catégorie bien déterminée d'hypothèses, et ne devant pas varier sous l'influence de considérations propres à l'espèce à trancher.

88. — Ce système est apparemment logique et satisfaisant, du seul point de vue de la conception de l'ordre public (5). Son avantage est, comme on vient de le rappeler, de simplifier considérablement le problème. Dans des cas très nombreux, l'application de la loi du for à une certaine situation provient de ce que cette situation se rattache à la loi du for, car il s'agit d'appliquer une loi de police et de sûreté; alors la solution est parfaitement normale. Mais cette explication ne vaut que lorsque la loi du for coïncide avec cette loi territoriale, par exemple en matière immobilière, le juge compétent étant pratiquement toujours celui de la situation de l'immeuble (6). Mais il n'en est pas toujours ainsi, et parfois la loi territoriale n'est pas la loi du for. La Cour de cassation française a été saisie en 1948 d'un accident d'automobiles survenu en Espagne entre deux Français (7). En cette espèce, la loi territoriale était la loi espagnole, qui fut appliquée. Donc, si l'on peut dire que la compétence de la loi du lieu de réalisation du délit s'impose pour des raisons d'ordre public, on doit alors admettre que l'ordre public ne conduit pas nécessairement à la compétence de la loi du for. Avant d'entrer dans la discussion au fond, il convient donc de s'entendre sur le sens des mots que l'on emploie; quand les personnalistes parlent de lois d'ordre public, ils visent un groupe de lois territoriales qui ne se confondent pas nécessairement avec les lois du for.

89. — La critique décisive de cette thèse, quant au rôle véritable de l'ordre public, a été faite par Bartin. Il a montré qu'à côté

(5) Voir AGO, *Règles générales des conflits de lois*, pp. 425 et suiv.

(6) Voir BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n^{os} 222 et 357.

(7) Civ., 25 mai 1948, S. 1949.I.121.

de l'exception globale au règlement personnaliste des conflits de lois dans l'espace, exception constituée par les lois dites d'ordre public, il existait toute une série d'exceptions particulières fondées sur des raisons propres à l'espèce jugée. Et tout d'abord, en matière de statut personnel, il arrive très fréquemment que la loi nationale étrangère compétente soit écartée au profit de la loi du for. Et on ne peut pas dire que la solution soit conforme à la doctrine personnaliste qui admet certaines exceptions « territoriales » à la compétence générale de la loi nationale, car on se trouve précisément en présence d'une loi concernant exclusivement le statut personnel, par exemple une loi sur le divorce. De semblables cas constituent donc indubitablement des exceptions au principe de la nationalité, exceptions qui ne sont plus fondées sur l'inaptitude naturelle de la loi nationale en général à régir telle situation, mais sur l'incompatibilité particulière de telle loi nationale avec les conceptions dominantes du for (8).

Mais BARTIN est allé encore plus loin dans sa critique, et il a mis en lumière ce point que les exceptions particulières au système de solution des conflits de lois dans l'espace, qui abondaient dans les matières relatives à l'état des personnes, pouvaient aussi être trouvées dans le domaine, pourtant exceptionnel, des lois territoriales. Si des Italiens mettent en vente en Italie des vins de Saumur, en les baptisant pour l'occasion Champagne (9), et qu'ils tombent sous la main des tribunaux français, ceux-ci leur infligeront des dommages-intérêts selon la loi française (10). Pourtant le délit a été commis en Italie, et par conséquent, la loi compétente est la loi italienne en vertu du système personnaliste lui-même qui admet

(8) Ces deux façons de résoudre le problème de l'ordre public ne sont pas réellement originales. Elles ne sont que l'application à une matière juridique des deux seules méthodes que l'on puisse logiquement utiliser quand on cherche à concilier des exigences contraires : ou bien attribuer à chacune un domaine exclusif (PILLET) ; ou bien chercher à les concilier dans chaque cas concret d'application (BARTIN). De la même façon, deux grandes puissances convoitant un même territoire peuvent soit le diviser et se réserver des zones d'influence exclusives, soit créer un condominium sur les terres qu'elles se disputent. De la même façon encore, un Etat pourra chercher à concilier l'ordre et la liberté, soit en se réservant un pouvoir absolu dans tous les actes de la vie publique et en laissant une liberté absolue à l'individu dans sa vie privée (le citoyen dans la Rome primitive), soit en dosant ordre et liberté à l'occasion de tous les actes humains.

(9) Pour cet exemple, voir BARTIN, *Principes de droit international privé*, T. I^{er}, § 93 ; MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude de la loi*, p. 52.

(10) Nous laissons volontairement dans l'ombre la question de droit pénal international de l'application des peines de la loi du 1^{er} août 1905 prévue par la loi du 6 mai 1919. Voir VOUIN, *Précis de droit pénal spécial*, 1953, n° 797.

exceptionnellement que les délits soient soumis à la loi du lieu de leur commission. Mais, par hypothèse, la loi italienne ne protège pas les appellations d'origine des vins français, et, si on venait à l'appliquer, les producteurs français seraient démunis de toute protection. Des raisons d'ordre public conduisent donc à appliquer la loi française au lieu de la loi étrangère.

Il s'agit dans cette hypothèse d'une exception particulière à l'exception globale apportée au système personnaliste par les lois territoriales. Toutes ces exceptions particulières reposent sur le même fondement; réaction contre une loi étrangère qui n'agrée pas au juge du for. Il en résulte qu'on ne peut pas assimiler ces solutions particulières aux solutions générales que les personnalistes fondent sur l'article 3, alinéa 1 du Code civil. Si l'on emploie toujours l'expression d'ordre public, en réalité deux phénomènes se cachent sous ce même nom. Dans un cas, la loi française est appliquée normalement, car elle a été désignée directement par la règle de conflit; dans l'autre, elle est appliquée anormalement, en raison de circonstances particulières à l'espèce.

90. — Comment expliquer que la confusion ait été faite si longtemps par la doctrine? Il semble que ce soit par l'attitude réciproque de la jurisprudence et de la doctrine l'une envers l'autre. Les personnalistes défendaient une doctrine que le Code civil français, heureuse coïncidence, avait faite sienne en 1804 dans son article 3, qui prévoyait d'une part la permanence de la loi nationale en ce qui concerne l'état des personnes, et d'autre part la généralité des lois de police et de sûreté. Pendant le XIX^e siècle, la jurisprudence reste très proche de la codification, qu'elle interprète sans la déformer. L'étude systématique du droit international privé, qui ne commence véritablement en France qu'après 1880, date de l'introduction de cet enseignement dans les facultés de droit, travaille sur une matière jurisprudentielle absolument conforme à ces vues exégétiques. Les arrêts que nous avons examinés en matière de divorce, et qui refusent de reconnaître en France le divorce d'étrangers prononcé à l'étranger, relèvent que la loi de 1816 prohibitive du divorce est une loi de police et de sûreté, et qu'elle oblige tous ceux qui habitent le territoire (11). La Cour de cassation elle-même n'échappe pas à cette tendance, et la Chambre civile accueille un pourvoi affirmant que « les dispositions de notre Code relatives à la reconnaissance et à la légitimation des enfants naturels rentrent complètement dans la catégorie des lois

(11) Paris, 28 mars 1843, S. 1843.II.566 ; 4 juill. 1859, S. 1859.II.401.

de police et de sûreté qui, aux termes de l'article 3 du Code civil, obligent tous ceux qui habitent le territoire », en relevant que ces dispositions sont un moyen pour les parents de réparer le tort que leur faute a causé à l'enfant naturel; après avoir constaté que cette faute avait été commise en France, lieu du domicile des parties, l'arrêt écarte la loi anglaise du père pour appliquer la loi française sur la légitimation qui « est en France, comme le mariage lui-même, d'ordre public » (12). Si d'autres décisions semblent éviter cette confusion (13), il est difficile de voir à quel moment la Cour de cassation a changé son attitude. Peut-être l'arrêt précité du 25 mai 1868 (14) est-il à l'origine de l'évolution. Dans l'attendu de principe suivant : « La loi étrangère n'est toutefois applicable par les tribunaux français qu'autant que son application n'est pas contraire aux règles qui sont considérées en France comme tenant à l'ordre public; que de telles règles, de même que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire français », on peut retrouver les deux modes de raisonnement que l'on compare : a) une loi de police et de sûreté est applicable à toutes les personnes qui habitent le territoire; b) une loi étrangère compétente est écartée quand son contenu est inconciliable avec l'ordre public du for (15).

Puis, la jurisprudence et la doctrine ont cessé de s'accorder. Bartin est venu montrer que la jurisprudence cachait deux vérités sous les mots qu'elle employait. Rapidement les arrêts l'ont compris, et aujourd'hui leurs formules sont de nouveau en accord avec celles de la doctrine.

L'apport de Bartin est d'avoir vu le premier en France que le phénomène « loi de police » et le phénomène « ordre public » étaient deux choses différentes. Mais comme leurs origines sont communes et leurs manifestations voisines, on ne peut pas avoir une idée nette de l'un sans connaître en quoi il s'éloigne concrètement de l'autre.

(12) Civ. 23 nov. 1857, S. 1858.I.293.

(13) Paris, 2 août 1866, S. 1866.II.342.

(14) S. 1868.I.365.

(15) Cependant la confusion était encore faite par la Cour d'appel de Paris le 3 avril 1936, *Crédit foncier égyptien*, D.P. 1936.II.87, note Léon MAZEAUD, qui refuse d'appliquer un décret égyptien sur le cours forcé, au motif qu'il s'agit là d'une loi de police qui devait être restreinte au territoire pour lequel elle avait été édictée. Voir *infra*, n° 125.

SECTION II

**INTÉRÊTS PRATIQUES DE LA DISTINCTION
ENTRE L'APPLICATION NORMALE
ET L'APPLICATION EXCEPTIONNELLE DE LA LOI DU FOR**

91. — Voici les conclusions que l'on peut tirer d'une comparaison entre les solutions fondées sur l'article 3 du Code civil et les solutions fondées sur l'intervention exceptionnelle de l'ordre public.

92. — 1° Si le juge saisi constate que la question qui lui est soumise doit être tranchée par une loi de police du for, il appliquera cette dernière sans tenir compte du contenu de la loi étrangère correspondante, car la règle de conflit du for n'a pas donné compétence à cette loi interne étrangère.

Supposons un Belge qui commet en France un délit correctionnel que la loi belge et la loi française punissent. Le Belge, traduit devant les tribunaux répressifs français, se verra infliger les sanctions du Code pénal français. Pourtant le droit belge, qui connaît la disposition de l'article 5 de notre Code d'instruction criminelle, se reconnaît compétent pour juger ce Belge, et il est fort possible que le Code pénal belge punisse ce délit dans des conditions qui satisfont pleinement notre sens de l'ordre public. Par conséquent, si le seul titre de compétence de la loi pénale française était l'intervention de l'ordre public, le juge français, constatant que son ordre public n'était pas en cause, aurait dû appliquer la loi belge. Mais ici la loi française est appliquée en tant que loi de police et de sûreté, compétente parce que le délit a été commis en France. La compétence de la loi belge n'étant pas retenue par le droit pénal international français, le juge français ne peut pas la prendre en considération. De la même façon, on n'applique pas les lois politiques étrangères, car il n'existe pas de règles de conflit en prescrivant l'application (16).

93. — 2° Le juge saisi peut être amené à appliquer une loi de police étrangère; au contraire, l'application de l'ordre public étranger est beaucoup plus douteuse. Nous avons montré qu'il n'y avait pas toujours coïncidence entre la loi de police et la loi du for (*lex loci delicti*, *lex situs rei* en matière immobilière) sur des exemples qui aujourd'hui sont devenus classiques, et ne donnent plus lieu à hésitations. Mais en d'autres domaines, des doutes subsistent. La question de la forme religieuse du mariage, réputée pour être

(16) Voir GHEL, *Lois politiques en droit international privé*, Leyde, 1955.

une pépinière de problèmes délicats, nous fournit un exemple de la difficulté que nous examinons. On sait qu'en France la laïcisation du mariage empêche de considérer comme valable un mariage purement religieux. Mais cette exigence d'un mariage laïc est-elle le fait d'une loi de police et de sûreté ou de l'ordre public français ? Si des étrangers dont la loi nationale prescrit le mariage religieux demandent à contracter un tel mariage en France, la question ne se posera pas, car dans les deux systèmes on devra appliquer la loi française et exiger le mariage civil (soit en vertu de la règle *locus regit actum* appliquée impérativement car elle donne compétence à une loi de police et de sûreté, soit en vertu de l'ordre public français, dans le cas où la règle *locus regit actum* aurait été considérée comme facultative). Au contraire, la question se posera dans le cas où ces mêmes étrangers sont allés contracter un mariage religieux en Belgique ou dans tout autre pays qui ne connaît que le mariage laïc, et reviennent en France avec la prétention d'y faire reconnaître ce mariage, pour établir par exemple la légitimité de leurs enfants. Si l'exigence d'un mariage civil est en droit belge le fait d'une loi de police et de sûreté, le juge français doit appliquer cette loi de police belge (compétente par habitation temporaire desdits étrangers en Belgique) et refuser de reconnaître en France la validité du mariage célébré là-bas. Si au contraire c'est l'ordre public belge qui prohibe la célébration purement religieuse d'un mariage, l'attitude la plus commune en France est de n'en pas tenir compte, et d'accepter la validité du mariage.

On objectera que la parenté en quelque sorte congénitale des solutions du droit belge et du droit français conduisent à dire que si le mariage religieux est contraire à l'ordre public belge, il l'est aussi à l'ordre public français, et que de toute façon ledit mariage sera tout de même annulé. Ce n'est pas l'avis de Lerebours-Pigeonnière (17) ; de M. Batiffol non plus (18). Le second va plus loin que le premier, en admettant, ou tout au moins en souhaitant que l'ordre public n'intervienne pas contre le mariage religieux célébré en France. Le premier admet que l'ordre public doit intervenir contre la célébration en France de ce mariage, mais non contre l'effet en France d'un tel mariage célébré à l'étranger, même dans un pays tiers qui n'admet point cette forme. Il ne nous semble pas qu'il y ait là une application parfaitement orthodoxe de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public, telle qu'elle est couramment exposée; en effet, pour qu'on puisse considérer qu'une situa-

(17) *Précis*, 6^e éd., n° 335, 3°.

(18) *Traité*, 2^e éd., n° 443.

tion échappe à l'ordre public du for parce qu'acquise à l'étranger, encore faut-il que cette situation ait été acquise conformément à la loi applicable en vertu du droit international privé français. Or, ici, la loi applicable à la forme du mariage est évidemment la loi du lieu de célébration (puisque la qualification française fait de la célébration religieuse du mariage une simple question de forme), et cette loi ne reconnaît pas la validité du mariage. Mais si l'on fait application de l'explication que nous avons proposée au chapitre précédent la question se résout plus facilement : en l'espèce, il s'agit sans doute de la légitimité d'un enfant étranger auquel on appliquera sa loi nationale. C'est au droit international privé de cette loi nationale que l'on demandera si le mariage est valable (question préalable à la question principale de la légitimité de l'enfant). Il ne fait pas de doute que ce droit international privé étranger admettra cette validité, puisque par hypothèse la forme religieuse du mariage y est considérée comme une question de fond. Il en résulte que l'ordre public du for ne pourra intervenir car la condition essentielle de son intervention n'est pas réalisée (fonctionnement de la règle de conflit du for) (19).

L'ordre public français étant donc écarté, reste la seule question de savoir si on doit tenir compte de l'ordre public étranger. Cette question sera examinée ultérieurement. Disons pour le moment que cette application de l'ordre public étranger, qui peut être admise dans certaines hypothèses bien déterminées, est douteuse pour la généralité des autres cas, tandis que l'application de la loi de police étrangère est normale en raison des règles de conflit de lois. Par conséquent si l'on admet en France la validité d'un mariage religieux célébré conformément à la loi nationale des époux, mais contrairement à la loi du lieu de célébration, c'est qu'on considère l'exigence de la forme civile, non comme le fait d'une loi de police, mais comme une manifestation de l'ordre public (20).

94. — La même question se pose en matière contractuelle. Quand un contrat international doit être exécuté en France, et que le paiement est stipulé en monnaie étrangère, s'il est vrai que les juges français saisis du contrat reconnaissent au créancier le droit

(19) Cf. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente, l'ordre public international privé et la fraude à la loi*, pp. 57 et 79. Voir *infra*, n^{os} 194 et suiv. : « Les effets de l'ordre public étranger ».

(20) Sinon, la loi de police devant être appliquée, le mariage aurait été annulé.

d'obtenir la monnaie étrangère convenue (21), ils doivent cependant tenir compte des règles françaises sur le contrôle des changes restreignant l'utilisation par les particuliers des moyens de paiement internationaux. Il s'agit là d'une application parfaitement normale de la loi française (loi de police), et non d'une intervention de l'ordre public (22). Par conséquent si les juges français étaient saisis d'un paiement devant être fait à l'étranger, on ne voit pas pourquoi ils n'appliqueraient pas les lois de contrôle des changes étrangères limitant les moyens de paiement, lois qui sont de police et de sûreté, au même titre que les lois françaises correspondantes. De nombreuses décisions étrangères manifestent cette attitude libérale (23), et font application de la loi tchèque sur le contrôle des changes. Evidemment il se peut que ces lois étrangères soient considérées comme contraires à l'ordre public du for (24). Ce serait un exemple de plus, s'il en était besoin, pour prouver la fausseté de la conception personnaliste de l'ordre public (intervention de l'ordre public contre des lois considérées comme territoriales).

95. — 3° La loi de police du for ne peut être appliquée en tant que telle par le juge du for que s'il existe un élément de rattachement qui justifie l'application de celle-ci à l'espèce. Au contraire, si la disposition française est appliquée au nom de l'ordre public, aucun rattachement n'est nécessaire, sauf évidemment le rattachement au droit international privé du for.

Un exemple caractéristique peut être tiré de l'évolution de la jurisprudence relative au caractère des lois sur l'obligation alimentaire en droit international. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 22 juillet 1903 (25) déclare que « les dispositions légales qui imposent à certaines personnes l'obligation de se fournir des aliments, se rattachent aux lois de police et de sûreté, et que la bonne police du pays est intéressée à ce qu'elles ne soient méconnues par

(21) Cf. BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., p. 676, note 47. La Cour de cassation (Civ. 1^{er} déc. 1954, *Revue*, 1957.43, note RABINOVITCH), a décidé que lorsque les parties dans un contrat international sont convenues d'un paiement en monnaie étrangère, la demande de paiement en francs français formée par l'une d'entre elles est irrecevable, car elle implique une modification du contrat originaire, laquelle devait entraîner nécessairement une charge supplémentaire pour le débiteur.

(22) Voir BATIFFOL, *Cours doctorat*, 1955, non publié.

(23) Aux États-Unis, *Court of appeals of New York*, 9 janv. 1953, *Clunet*, 1953.796; *In re Libel's Estate*, 20 juill. 1951, *Clunet*, 1952.II.711, note LE LIÈVRE. En Angleterre : Chambre des Lords, 20 oct. 1949, *Clunet*, 1950.657.

Adde les décisions citées par GOLDMAN, « Réglementation des changes et droit international privé », *Le contrôle des changes*, Paris, 1955, pp. 62 et suiv.

(24) Voir Colmar, 16 févr. 1937, D.P. 1939.II.25, note SILZ.

(25) S. 1909.I.373.

aucun de ceux qui l'habitent ». Le 20 juillet 1936 (26), la Chambre civile affirme que « si en principe les étrangers restent régis en France par leurs lois nationales, celles-ci ne sauraient faire échec aux lois françaises d'ordre public qui s'imposent même aux étrangers. Que tel est le cas de l'obligation alimentaire, alors même qu'elle résulte de l'article 1708 du Code civil allemand, en tant qu'elle n'a jamais qu'un caractère provisoire et subordonné tant aux besoins de celui à qui les aliments sont dus qu'aux ressources de ceux qui les doivent ». M. Batiffol (27) a fait apparaître le progrès des formules en ce qui concerne l'ordre public. Dans le premier arrêt, la Cour suprême se réfère au système de la loi de police et de sûreté et à l'article 3 du Code civil; dans le second, elle se place franchement sur le terrain de l'ordre public.

Ce changement dans la forme correspond aussi à une modification au fond de la position de la Cour de cassation. Il ne suffisait pas à la Chambre des requêtes en 1903 de qualifier lois de police et de sûreté les dispositions françaises relatives à l'obligation alimentaire pour les appliquer à l'espèce. Il fallait encore établir que cette loi de police était compétente. Et ce qui devait lui donner cette compétence était l'« habitation » des parties en France. Sans ce rattachement, la « loi de police » française était inapplicable. En 1936, l'avocat qui soutenait le pourvoi que la Chambre civile devait rejeter avait bien compris cette nécessité. Aussi, la Cour d'appel ayant appliqué la loi française sur l'obligation alimentaire à l'espèce, soutenait-il que cette loi, loi de police et de sûreté, ne pouvait pas s'appliquer, puisque les parties n'habitaient pas le territoire français, mais étaient domiciliées en Allemagne. La Chambre civile n'avait pas à apprécier la valeur de cet argument puisqu'elle se plaçait sur le terrain de l'ordre public où aucune condition de ce genre n'est exigée (28).

96. — On se souvient cependant que la doctrine allemande exige un lien entre le litige et le territoire du for comme condition de l'intervention de l'ordre public. Nous avons déjà envisagé cette doctrine en tant qu'elle est l'homologue de la doctrine française de l'effet atténué de l'ordre public. Il s'agit maintenant de la considérer du point de vue de la distinction entre les lois de police

(26) D.H. 1936.474, *Clunet*, 1937.288, *Revue*, 1937.694.

(27) *Revue*, 1937, pp. 419 et suiv. et particulièrement pp. 426-434.

(28) On pourrait faire un parallèle du même ordre à l'aide de la jurisprudence sur la déchéance de la puissance paternelle; certains arrêts appliquent la loi française au nom de l'ordre public, et d'autres en la considérant comme une loi de police et de sûreté. Voir Colmar, 28 mars 1935, *Revue*, 1936.459, et les références citées dans la chronique BATIFFOL précitée.

et l'ordre public. Dans son expression la plus courante, dont l'origine est l'œuvre de Kahn déjà citée, il existe deux systèmes de rattachement : un système de rattachement bilatéral, c'est le droit international privé connu, établi par des textes ou par une jurisprudence bien assise : les obligations sont soumises à la loi du lieu où elles s'exécutent, le statut personnel est soumis à la loi nationale, la forme des actes à la loi du lieu de leur rédaction, etc. Ces divers points de rattachement peuvent entraîner indifféremment la compétence d'une loi étrangère ou la compétence de la loi du for. Mais à côté de ces règles de rattachement classiques, il existe, pour reprendre l'expression de M. Arminjon, quoiqu'en la détournant du sens précis qu'il lui donne, des « règles de rattachement purement nationales » (29), unilatérales par conséquent, en ce sens qu'elles ne peuvent conduire qu'à la compétence de la loi du for. Mais la caractéristique de ces règles de rattachement purement subsidiaires, et purement nationales, est de l'emporter sur les règles de rattachement bilatérales classiques quand elles sont en concurrence avec celles-ci, parce qu'elles trouvent leur fondement dans le caractère d'ordre public des lois internes auxquelles elles donnent compétence.

Nous avons déjà indiqué quelques-unes des difficultés du système : extrême difficulté de déterminer de façon précise ce que seront ces rattachements subsidiaires, caractère non général de cette construction, à moins de considérer comme un rattachement la seule compétence du for, ce qui devient un artifice. Il faut maintenant rechercher si cette thèse n'a pas les mêmes défauts techniques que la thèse des personnalistes. Issue d'une réaction à l'encontre de cette dernière, il est clair qu'elle présente sur elle d'assez nombreux avantages. Aucune confusion, ici, entre les lois du for d'ordre public et les lois territoriales qui peuvent être des lois étrangères. Kahn et ses successeurs considèrent les lois d'ordre public comme étant exclusivement des lois matérielles du for. On évite donc par là que l'ordre public aille à l'encontre des lois de police étrangères considérées par la doctrine personnaliste comme des lois d'ordre public. La théorie allemande nous évite donc ce spectacle absurde d'un combat singulier de l'ordre public contre un autre ordre public. Un premier et grave écueil est donc ainsi écarté.

(29) M. FRANCESKAKIS préfère l'expression de « règles d'application immédiate du droit interne ». Voir FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, n° 11, et le rappel par l'auteur des diverses terminologies usitées.

Mais il en reste un autre : raisonnons sur un exemple de Schnitzer (30). Voici un commerçant français qui saisit un tribunal suisse à propos d'une affaire soumise à la loi française. Par hypothèse la loi française sur ce point est contraire à l'ordre public suisse. Schnitzer explique que l'ordre public suisse ne réagira que si le commerçant exerce son commerce en Suisse. S'il l'exerce en France, le lien entre le litige et le for fait défaut, et ne peut donc provoquer l'intervention de la loi suisse d'ordre public. Pourquoi la loi matérielle suisse n'est-elle donc pas intervenue ? Parce que les règles suisses de rattachement purement national ne lui ont pas donné compétence, parce que ce droit international privé de seconde zone ne le permettait pas. Du point de vue du droit interne du for, la loi d'ordre public intervient donc techniquement de la même façon que la loi de police et de sûreté, c'est-à-dire après désignation de la règle de conflit du for (subsidaire dans le premier cas, principale dans le second), après constatation que le litige présentait un élément de rattachement avec cette loi interne.

C'est là précisément que repose l'équivoque : sous cette thèse, se trouve sous-jacente l'idée que le juge appliquant sa propre loi au nom de l'ordre public l'applique aussi en raison d'une compétence normale. Or ce n'est pas exact. Quand l'ordre public intervient, c'est que le litige était soumis par le droit international privé du for à une loi étrangère, c'est que le centre de gravité de ce litige se trouvait en territoire étranger. Alors pourquoi, si l'on veut écarter cette loi comme contraire à l'ordre public du for, exiger de la loi interne que l'on substituera à la loi étrangère un titre de compétence (rattachement subsidiaire) qui ferait croire à son application normale alors qu'elle est cependant appliquée anormalement. En réalité, la doctrine allemande suit à la fois deux raisonnements sans s'apercevoir que les sentiers ne s'en confondent point : d'une part, l'idée de l'application normale de la loi du for au nom de l'ordre public, qui se traduit par l'exigence du rattachement subsidiaire, d'autre part, la conception de l'ordre public exception à la règle de conflit du for, qui se manifeste dans tous les cas où l'ordre public intervient indépendamment de toute « *Inlandsbeziehung* ». Ainsi se comprend la remarque de M. Vallindas, selon laquelle c'est le plus souvent le jeu normal de la règle de conflit qui confère à certaines lois nationales une étendue qui paraît extraordinaire, et non l'ordre public qui n'intervient que pour protéger l'ordre juri-

(30) *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 3^e éd., Bâle, 1950, T. I, p. 223 et suiv.

dique national contre l'application dans le pays de dispositions étrangères imbuës de conceptions foncièrement différentes des conceptions nationales fondamentales; et, ajoute M. Vallindas, la nécessité d'un lien avec le territoire n'avance pas la question de savoir quand l'ordre public doit intervenir, car, dans les cas les plus graves, on se passe de ce lien (31).

97. — Ce qu'il reste de cette idée, c'est que certaines lois internes ne sont applicables à l'encontre de lois étrangères normalement compétentes que pour protéger un intérêt particulier qui ne se révèle que par un rattachement du litige au for. Nous faisons allusion aux clauses de réserve spéciales (32). Quand l'article 12 du *B.G.B.* interdit aux tribunaux allemands de condamner un Allemand pour un délit commis à l'étranger à une somme supérieure à celle qu'il aurait dû verser si on avait application de la loi allemande, il oblige dans une certaine mesure ces tribunaux à appliquer la loi allemande au lieu de la loi étrangère, mais seulement si l'auteur du délit est un Allemand; le rattachement constitué par la nationalité de l'auteur du délit est indispensable à l'intervention de loi allemande. On pourrait tenir le même raisonnement en ce qui concerne la loi française du 14 juillet 1819, relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction, mais instituant en faveur des héritiers français ce que l'on a appelé le droit de prélèvement. De même encore cette idée peut permettre de résoudre le problème soulevé par M. Loussouarn à propos de l'arrêt de la Cour de cassation belge du 28 mars 1952 (33). Dans le cas où les tribunaux français sont saisis d'une succession mobilière en déshérence laissée en France par un Suédois domicilié en Suède, et où le défunt ne laisse ni testament ni parent au degré successible, ils écarteront la loi suédoise qui attribue cette succession à l'Etat suédois, considéré comme héritier. Mais si les biens, au lieu de se trouver en France, sont situés dans un Etat tiers, il est probable que les tribunaux français ne considéreront pas l'ordre public français atteint par une loi étrangère qui admet que l'Etat succède à titre d'héritier. Mais pourquoi le feraient-ils dans le cas précédent? C'est que tout simplement l'article 768 du Code civil français est considéré comme une loi de police et de sûreté dont le caractère d'ordre public, si l'on tient à user ici de ce terme, ne dépasse pas les limites du

(31) « La réserve de l'ordre public », *Rev. hell. de dr. int.*, 1950, p. 270 et suiv.

(32) Voir *infra*, n° 110.

(33) Voir *supra*, n° 59.

territoire français, et non pas comme une loi d'ordre public au sens de ce terme en droit international privé.

L'avantage de la doctrine allemande est donc de nous permettre de distinguer, parmi les lois internes habituellement considérées comme d'ordre public celles qui en réalité ne sont que de simples lois de police et qui ne peuvent pas s'appliquer si le litige ne se rattache pas au for, et les véritables lois d'ordre public qui échappent à cette exigence.

Voilà donc une différence très importante entre les lois de police et de sûreté et l'ordre public: seules les premières, pour s'appliquer, ont besoin d'un rattachement du litige au territoire du for.

98. — 4° Les lois d'ordre public, dont la compétence est absolument exceptionnelle, ne s'appliquent pas avec la même ampleur que les lois de police dont la compétence est pleinement normale.

Revenons sur l'exemple de l'obligation alimentaire. Quand la Cour de cassation considérait les dispositions françaises en la matière comme des lois de police et de sûreté, elle les appliquait aux étrangers dans leur ensemble. Maintenant qu'elle ne voit plus en cette matière que des dispositions se rattachant au statut personnel, elle n'applique plus aux étrangers la loi française que dans la mesure où leur loi nationale est contraire à l'ordre public français, c'est-à-dire dans la mesure où l'obligation alimentaire prévue par cette loi nationale n'est pas provisoire, ni proportionnelle aux besoins et ressources des créancier et débiteur (34).

99. — 5° L'ordre public s'apprécie au moment du litige. Tandis que la règle de rattachement appliquée est toujours celle qui était en vigueur lors de la naissance de la situation litigieuse. Voir *infra*, pages 186 et suivantes.

Aujourd'hui, la distinction théorique est donc bien nette entre les lois de police et l'ordre public (35). Quand l'ordre public intervient, c'est malgré la règle de conflit du for qui a donné compétence à la loi étrangère. Si dans la pratique judiciaire on trouve encore quelques jugements qui font la confusion (36), il ne faut les considérer que comme des décisions aberrantes destinées à disparaître.

100. — Jusqu'ici, deux points sont certains: l'ordre public ne peut intervenir que si la règle de conflit du for est amenée à

(34) D'une façon plus générale, sur les effets de l'ordre public, voir *infra*, Titre III.

(35) Voir VAN DER ELST, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, Paris, Sirey, 1957.

(36) Voir Trib. civ. Seine, 3 juin 1938, *Clunet*, 1939.87; Trib. civ. Lyon, 20 févr. 1957, D. 1957.303, note CHAVRIER.

fonctionner, et si celle-ci a donné compétence à la loi étrangère. Hors de cela, il n'y a pas d'ordre public au sens du droit international privé. Mais si ces conditions sont nécessaires, elle ne sont évidemment pas suffisantes. Elles ne forment que le cadre extérieur dans lequel pourra se manifester le phénomène de l'ordre public. Pour le faire apparaître, le juge devra examiner de très près le contenu de la loi étrangère qu'il doit appliquer, les circonstances concrètes de l'espèce, et les exigences de l'ordre public français. C'est là ce que nous avons appelé les conditions internes de l'ordre public, qu'il nous faut maintenant chercher à déterminer.

TITRE DEUXIEME

Les conditions internes
de l'ordre public

101. — Le droit international privé du for ayant désigné la loi étrangère pour trancher le litige, le cadre extérieur dans lequel peut se dérouler le phénomène de l'ordre public se trouve délimité. Mais pour qu'il apparaisse, il faut encore que les conceptions que reflète cette loi étrangère soient incompatibles avec celles du for. La désignation de la loi étrangère a pour résultat de permettre une comparaison entre cette dernière et la loi du for. Si l'intégration de la loi étrangère dans l'ordre juridique du for devait nuire à la cohérence de ce dernier, le juge devra l'écarter; ainsi le juge français appliquera volontiers une loi étrangère prohibant le mariage en deçà d'une certaine limite d'âge supérieure à celle qui est fixée par la loi française. Mais il refusera de marier des étrangers de moins de quinze et dix-huit ans, même si leur loi nationale le leur permet; il ne se reconnaîtra pas le pouvoir d'apporter une telle entorse à l'ordre juridique français.

On voit ainsi l'importance de la mission du juge. L'application des règles de conflit du for ne constitue qu'une première étape dans la détermination de la loi applicable au litige. La seconde étape est constituée par l'appréciation de l'ordre public. Il ne suffit pas au juge d'appliquer ses propres règles de conflit, il doit encore vérifier dans chaque espèce si elles sont conciliables avec l'ordre public du for; en somme, le juge est invité à accorder dans chaque cas à son droit de conflit ce *nihil obstat* que constitue la déclaration de non-contrariété à l'ordre public français de la loi étrangère désignée. De son propre chef, le juge va poser des bornes à l'application de la loi étrangère, et, par là même, à celle de son droit de conflit de lois dans l'espace (1).

Ce pouvoir est extraordinaire. Il dépasse de loin celui que s'arroe le juge en droit interne. En droit interne, le juge doit assurer le respect de l'article 6 du Code civil en annulant les conventions qui dérogent aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs. Ces lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, aujourd'hui toute la doctrine est unanime à le reconnaître,

(1) Voir LIENHARD, *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international*, Thèse Dijon, 1935, première partie.

ne sont rien d'autre que les lois qualifiées le plus souvent d'impératives (2). Si un contrat viole l'une d'entre elles, il doit être annulé. Si par exemple un négociant en vins fait une vente de vins surplâtrés, le juge annulera cette vente, car une loi du 11 juillet 1891 fait de cette opération un délit correctionnel qu'elle punit de peines de prison, et manifeste donc par là son intention de retirer du commerce lesdits vins surplâtrés; et l'on sait qu'en vertu de l'article 1128 du Code civil « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Ce faisant, le juge n'a aucun pouvoir créateur; il ne fait que sanctionner le dépassement par les parties du domaine que la loi avait fixé pour limite à leur volonté.

Certes, il arrive en droit interne que le juge doive lui-même déterminer le caractère impératif ou facultatif d'une loi à laquelle l'affaire qu'il doit trancher le renvoie. Il dispose alors d'une certaine latitude dans la détermination des limites de l'ordre public interne. Mais là encore, son attitude et son rôle ne sont pas comparables à ceux de son collègue qui écarte au nom de l'ordre public une loi étrangère compétente en vertu de son droit international privé. Dans le premier cas, le juge indique une limite que l'autonomie de la volonté ne peut pas franchir; il précise une fois pour toutes quel est le domaine réservé à la loi et quel est celui qui est abandonné à la volonté des parties. Il fait un peu ce que fait le juge en droit international privé quand il établit une nouvelle règle de conflit. Jusqu'à ce jour on ne savait pas exactement ce qui revenait à la compétence de la loi du for et ce qui revenait à la compétence de la loi étrangère. L'intervention du juge a pour objet de donner sur ce point des règles aussi précises et durables que possible. Mais tout autre est son action quand il revient sur cette règle de conflit au nom de l'ordre public, parce qu'il ne lui paraît pas souhaitable qu'elle fonctionne dans une hypothèse donnée. Il s'agit alors d'une véritable anomalie.

A vrai dire, cette anomalie n'est même pas tout à fait inconnue du droit interne. Quand, scrutant les reins et les cœurs des parties à une convention, le juge y découvre un mobile immoral, il annule

(2) C'est en effet avec stupéfaction que l'on lit dans un arrêt de la Cour supérieure du Danemark du 22 mai 1940 (*Clunet*, 1954, 496) que, même si les lois allemandes de conversion monétaire devaient être considérées comme contraires à l'ordre public danois, « ce fait était sans importance, car le défendeur n'avait pas plaidé le caractère contraire à l'ordre public de ces règles ». Cette doctrine ne peut évidemment pas être approuvée. L'ordre public dépasse par hypothèse l'intérêt des parties et ne peut être laissé à leur disposition. Pour une explication de cet arrêt, voir *infra*, n° 172.

la convention pour cause immorale, par application de l'article 1133 du Code civil. Il sait bien que les parties n'ont violé expressément aucune loi, qu'elles ont agi dans le domaine que la loi leur réserve habituellement, mais il constate qu'en l'espèce, elles ont dépassé la mesure et ne peuvent être suivies. Certes, il est remarquable que le juge, dépassant les apparences, puisse pénétrer par-delà les consciences des cocontractants. Mais en somme il ne fait que contrôler la moralité du contrat. En droit international privé, il va beaucoup plus loin. Ce n'est pas seulement la « moralité » des lois étrangères qu'il contrôle, mais plus exactement leur compatibilité avec les lois internes. Il doit rechercher si les différences entre la loi étrangère et la loi du for sont telles qu'elles doivent faire prévaloir celle-ci sur celle-là.

102. — Le résultat indirect de cette opération est de permettre au juge de porter un jugement de valeur sur ses propres lois internes, en conférant à ses « préférées » une force impérative internationale qu'il refusera à d'autres. Il n'interroge pas la volonté du législateur du for pour savoir si la loi qu'il a édictée est ou non impérative, et par conséquent compétente; au contraire, il sait que cette loi n'est pas compétente, mais il l'applique quand même. Ainsi le juge est amené à considérer sa propre loi avec un certain recul qui est inimaginable en droit interne. C'est qu'en effet le problème n'est pas de rechercher si telle loi interne a été violée par la loi étrangère : cela n'aurait pas de sens, car nous sommes arrivé à ce point du raisonnement où la loi reconnue compétente est la loi étrangère. Il ne servirait de rien d'avoir dégagé ces prémisses si l'on ne devait pas interroger cette loi étrangère, afin de savoir si, en elle-même et dans son application, elle est compatible avec l'ordre public du for. Ce n'est pas *a priori* qu'on dira que telle loi étrangère est contraire à l'ordre public du for, ou que telle loi du for doit être considérée comme d'ordre public international. Ce que le juge doit rechercher, c'est si la loi étrangère, telle qu'elle est appliquée dans l'espèce, permet d'obtenir un résultat qui ne soit pas trop différent de celui qu'on aurait obtenu par application de la loi du for, et qui puisse par conséquent se combiner avec cette dernière. Ceci explique que le juge doive porter successivement son examen sur les trois points suivants : la loi étrangère, les circonstances concrètes de l'espèce, et la loi du for. Trois chapitres seront nécessaires pour suivre cette démarche :

Chapitre 1^{er} — *Considération de la loi étrangère.*

Chapitre 2. — *Considération des circonstances concrètes du litige.*

Chapitre 3. — *Considération de la loi du for.*

CHAPITRE PREMIER

LA CONSIDERATION DE LA LOI ETRANGERE

103. — C'est incontestablement par là que le juge doit logiquement commencer. Quand deux époux étrangers de même nationalité demandent le divorce en France, il faut, avant d'appliquer la loi française au nom de l'ordre public, rechercher à quelles conditions le droit national de ces étrangers permet le divorce. Et c'est ensuite que se posera la question de savoir si ce droit étranger doit être écarté au nom de l'ordre public.

Mais on peut imaginer que dans la pratique les choses se passent différemment. Quand, plusieurs fois de suite, les tribunaux d'un Etat donné ont déclaré que les lois étrangères contraires à tel article de leur Code civil devaient être écartées et remplacées par les dispositions du for, et que la Cour de cassation elle-même a cautionné de son autorité cette attitude, il est tout à fait concevable que par la suite, ces mêmes tribunaux, considérant que leur loi nationale a une valeur internationale absolue, l'appliquent dans tous les cas, sans rechercher si la loi étrangère compétente lui est contraire ou non. Qu'importe, en effet, ce que prescrit cette loi étrangère, puisqu'elle ne sera appliquée que dans la mesure où elle est conforme à la loi du for. En d'autres termes, l'examen d'une loi étrangère se fera une fois pour toutes. Il aboutira à une déclaration de conformité ou de contrariété à l'ordre public du for, et dans le second cas, il ne sera plus nécessaire : on en aura conclu que la loi interne du for repose sur un fondement d'ordre public, et doit être appliquée d'office à toute situation de droit international privé.

Partant de là, on peut franchir un nouveau pas. On peut se demander si l'examen de la loi étrangère est même nécessaire la première fois, pour déterminer le fondement d'ordre public de la loi du for. On peut penser qu'il suffit d'examiner la seule loi du for, son fondement, sa raison d'être, pour décider de son application générale à toute situation se présentant devant les juges de son territoire. A cette limite, la loi étrangère n'a plus à être consultée du tout dans le problème de l'ordre public.

Trois positions peuvent donc être envisagées : deux extrêmes d'abord, la première consistant à examiner dans chaque cas si l'application de la loi étrangère est contraire ou non à l'ordre public du for, l'autre étant de s'en tenir à l'examen de la loi du for pour savoir si celle-ci a un fondement d'ordre public qui justifie son application générale. Une position moyenne serait de se référer à la loi étrangère dans le seul cas où celle-ci est soumise au for pour la première fois. Laissant l'examen de cette dernière opinion au chapitre suivant, nous allons d'abord rechercher *de lege ferenda* laquelle des deux premières solutions nous paraît la mieux adaptée, puis nous ferons le point de la jurisprudence française sur cet important problème.

SECTION I

LA CONSIDÉRATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE DOIT-ELLE NÉCESSAIREMENT PRÉCÉDER L'INTERVENTION DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC ?

104. — Une décision de la Cour suprême de Norvège du 24 septembre 1953 (1) illustre avec netteté la différence des méthodes dont il vient d'être fait mention. Il s'agissait d'une action en recherche de paternité naturelle introduite en Norvège contre un soldat norvégien par la mère allemande d'un enfant naturel. La loi allemande étant applicable, il fallait examiner si elle ne devait pas céder devant les règles norvégiennes, considérées comme d'ordre public au sens du droit international privé. Dans cet examen, deux tendances se sont fait jour au sein de la Cour suprême. La tendance minoritaire a raisonné comme nous avons coutume de le faire en France depuis *Bartin*. Elle s'est d'abord soucié de savoir quelle était la loi applicable d'après les règles générales du droit interna-

(1) *Clunet*, 1955.456.

tional privé norvégien, puis, ayant constaté la compétence de la loi allemande, elle a recherché si cette loi devait être écartée sur la base de l'ordre public. Etant donné que le droit allemand est plus strict à l'égard des enfants naturels que le droit norvégien, on ne pouvait, dans ce système, le déclarer contraire à l'ordre public norvégien. Cependant la Cour suprême n'a pas adopté ce point de vue qui paraissait parfaitement classique. Si elle n'a pas écarté la règle allemande comme incompatible avec l'ordre public norvégien, elle a néanmoins appliqué la loi norvégienne sur la recherche de paternité naturelle, estimant qu'elle permettait de mieux réaliser les buts éthiques et sociaux que la Norvège se propose d'atteindre. Mais pour arriver à ce résultat, la majorité a pris grand soin de renverser le problème. Elle a examiné tout d'abord la loi norvégienne, sa portée et son but, puis elle a recherché si, dans le cas particulier, ce but serait mieux atteint par l'application de la loi nationale, et ce n'est qu'alors qu'elle a décidé en faveur du droit norvégien.

Voilà donc une décision caractéristique de l'attitude consistant à appliquer au nom de l'ordre public une loi du for à une situation de droit international privé, sans avoir au préalable déclaré contraire à l'ordre public la loi étrangère normalement compétente. Le problème est donc de savoir si, pour écarter une loi étrangère normalement compétente, le juge du for doit d'abord vérifier si celle-ci est contraire à l'ordre public du for. Ces deux méthodes de raisonnement ont été parfaitement mises en lumière par Lewald (2).

105. — Ce problème est différent de celui qui a été examiné au chapitre II du Titre précédent. On s'était alors inquiété d'un certain nombre d'hypothèses où la loi du for était appliquée sans que le juge examine la loi étrangère qui semblait compétente, et l'on avait conclu que ces hypothèses se référaient à la notion de loi de police et de sûreté. Ici, il ne s'agit de rien de tel. Les lois de police et de sûreté constituent une catégorie de rattachement au même titre que le statut personnel ou le statut réel (3). Les diverses lois qui composent cette catégorie ne sont applicables que si les

(2) *Règles générales des conflits de lois*, p. 119.

(3) Même si ce point n'est pas accepté de façon très nette par la doctrine, il nous paraît indispensable de l'admettre si l'on veut voir clair en ces matières complexes. Ce ne sera possible que si l'on considère que les lois de police se déterminent par l'objet des matières qu'elles régissent, et non par l'importance que l'on croit devoir attribuer à certaines dispositions. Une loi qui prohibe le divorce est évidemment fondamentale. Mais ce n'est pas une loi de police, c'est une loi relative au statut personnel. Si on veut l'appliquer à des étrangers, il suffit de faire appel à la notion d'ordre public.

parties « habitent » le territoire. Ici, les lois que nous envisageons sont applicables indépendamment de tout rattachement du litige avec le territoire du for. Le seul rattachement est le for. Il s'agit de lois appliquées anormalement, et non investies de la compétence régulière reconnue aux lois de police. C'est donc là un problème nouveau.

Quelle est sa portée ? Quels intérêts y a-t-il à choisir entre les diverses solutions qui s'offrent ? La réponse est plus complexe qu'il n'apparaît au premier abord. En effet, la doctrine qui consiste à ne pas examiner la loi étrangère compétente avant de faire jouer l'ordre public n'a été véritablement formulée nulle part. On la trouve plus ou moins implicite dans la plupart des ouvrages de doctrine allemands, et certaines décisions jurisprudentielles semblent en être empreintes. C'est donc à un examen complet de la question qu'il faut procéder.

106. — Que nous apprend la doctrine allemande ? Le point de départ se trouve, à notre connaissance (4), dans l'œuvre de Savigny. Abordant l'étude de l'ordre public, cet auteur écrit que l'ordre public doit intervenir, d'une part, quand le juge se trouve en présence d'institutions étrangères dont l'existence ne peut absolument pas être reconnue dans son propre pays, d'autre part, quand, dans son droit national, le juge trouve des lois absolument impératives (5). Par la suite, et nous sautons de nombreux auteurs intermédiaires de moindre importance, Kahn a soutenu la thèse dont nous avons rendu compte (6), selon laquelle chaque loi allemande appliquée au nom de l'ordre public l'était en vertu d'un rattachement subsidiaire au for. Dans son esprit, la loi allemande était appliquée de façon à peu près normale, et l'examen préalable de

(4) D'autres que nous ont fait cette même recherche. Voir ACO, *Cours de La Haye* précité ; KNAPP, *op. cit.*

(5) *Traité de droit romain*, Tome VIII, traduction GUENOUX, 2^e éd., Paris, 1860, p. 35. Voir un écho de cette idée de loi absolument impérative dans un arrêt de la Cour supérieure d'appel de Lübeck de 1865 (*Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte*, T. I^{er}, 1865, p. 58). « Les tribunaux de l'Etat ayant édicté pareille loi prohibitive (loi de Brême interdisant un contrat passé en son propre nom par un courtier brémois) sont absolument obligés de l'appliquer à toutes les espèces sur lesquelles ils ont à statuer, et peu importe par quelle loi ces espèces sont régies par ailleurs. » Voir NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations ». *Revue*, 1957, p. 579.

(6) T. I^{er}, chap. I, S. II, et chap. II, S. II.

la loi étrangère n'apparaît pas comme une nécessité logique (7). Au contraire, tout le problème public est orienté vers la recherche d'un droit international privé de seconde zone qui permette de le déterminer d'avance, avant de connaître le contenu de la loi étrangère.

Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, l'optique de la doctrine allemande est donc de négliger cet examen du droit étranger. On sait que depuis, les efforts de Kahn se sont soldés par un échec. L'idée de l'*Inlandsbeziehung* est restée vivante parmi les auteurs et la jurisprudence germaniques, mais elle n'a pas servi de fondement au système cohérent dont il rêvait. Le lien avec le territoire n'est plus la condition *sine qua non* de l'intervention de l'ordre public, ce n'est plus qu'une condition accessoire, une condition d'appoint, pas toujours exigée, et servant à vérifier que dans le cas concret, il serait particulièrement choquant d'appliquer la loi étrangère (8). Cette condition, qui, à l'origine, dispensait d'examiner la loi étrangère, est devenue aujourd'hui un élément de cet examen. Désormais, lorsqu'on exige un lien avec le territoire, on est pratiquement obligé d'examiner la loi étrangère. Le chassé-croisé est donc remarquable. Mais on peut le pousser encore un peu plus loin. On admet aujourd'hui qu'il existe des hypothèses où le lien avec le territoire n'est plus exigé, car il s'agit d'une incompatibilité trop percutante entre le droit du for et le droit étranger. Il apparaît alors qu'en aucun cas, on ne puisse appliquer une règle différente de celle qu'établit la loi du for (exemple de la règle qui interdit le mariage entre le frère et la sœur). Quand on se trouve en face d'une disposition si fondamentale, il n'est plus besoin d'examiner la loi étrangère; il suffit d'appliquer d'office la loi du for. Ainsi, alors que l'examen du droit étranger n'était pas nécessaire dans la doctrine de Kahn, parce que la condition de l'*Inlandsbeziehung* le rendait inutile, aujourd'hui, il semble que ce soit précisément dans les cas où cette condition n'est plus exigée que l'examen du droit étranger soit inutile.

(7) L'article 30 de la loi d'introduction au Code civil allemand est tout empreint de cette manière de voir : « L'application d'une loi étrangère est exclue lorsque cette application serait contraire aux bonnes mœurs ou au but d'une loi allemande. »

Cette référence au but d'une loi allemande est troublante. Elle incite à orienter les recherches dans la seule direction du droit du for. Lorsqu'on aura trouvé que le but d'une loi allemande répond à une exigence irréductible de l'ordre moral ou politique, et que l'adéquation de la loi allemande au but qu'elle cherche à promouvoir est parfaite, il semble qu'on devra écarter *a priori* toutes les lois étrangères normalement compétentes.

(8) Cf. KNAPP, voir *supra*, n° 61.

107. — Les auteurs justifient d'ailleurs cette différence de méthode par une autre considération (9). Dans les cas où l'*Inlands-beziehung* n'est pas exigée, il s'agit de dispositions fondamentales. Il importe avant tout que ce soit le droit du for qui soit appliqué. Aussi le sera-t-il d'office, sans considération du droit étranger. Dans les autres cas, la question est moins importante. Ce qu'il faut seulement éviter, c'est d'appliquer le droit étranger tel quel. Mais peu importe de le remplacer par le droit du for ou par d'autres dispositions du droit étranger lui-même. La deuxième solution apparaît même préférable à la plupart des auteurs germaniques (10). Il apparaît ainsi qu'un des intérêts qu'il y a à distinguer entre l'application d'office au nom de l'ordre public d'une disposition du for et l'examen préalable du droit étranger avant de l'écarter est la question de la loi substituée. Mais étant donné qu'en France cette question est réglée à peu près unanimement dans le sens de la substitution de la loi du for, l'intérêt paraît nul. Tout ce qu'on peut dire, et c'est fort maigre, c'est que dans un cas (pas d'examen préalable du droit étranger), la question de la loi substituée ne se pose pas, tandis qu'elle se pose dans l'autre.

Ainsi, en France, à première vue, le problème semble sans intérêt. Sur le plan pratique, il semble dépourvu de conséquences. Sur le plan théorique, il paraît bien se rattacher uniquement à des notions discutées et approfondies par la seule doctrine allemande. En effet, quand le juge applique la loi du for au lieu de la loi étrangère, qu'il ait ou non examiné celle-ci auparavant, le phénomène s'expliquera toujours, et c'est là l'analyse fondamentale, par une exception aux règles normales des conflits de lois dans l'espace. Bref, le problème ne paraît pas correspondre en droit français à des réalités bien précises. Et pourtant ce n'est là qu'apparence et faux-semblant. En réalité, la question mérite bien d'être posée, et la réponse d'être donnée, tant sur le plan des exigences pratiques que des nécessités de l'analyse théorique.

1^o L'EXAMEN PRÉALABLE DU DROIT ÉTRANGER EST UNE NÉCESSITÉ PRATIQUE.

108. — Pour appliquer sa propre loi au nom de l'ordre public, est-il préférable que le juge examine au préalable la loi étrangère normalement compétente, ou peut-il s'en passer ? La méthode qui doit l'emporter est celle qui permet le mieux de réaliser l'objectif

(9) ZITELMANN, cité par AGO ; MARTI, *Der Vorbehalt des eigenen Rechts im internationalen Privatrecht der Schweiz*, Berne, 1940.

(10) Voir *infra*, les effets de l'ordre public.

poursuivi par la technique de l'ordre public. Celle-ci consiste à trouver la nuance juste entre l'application illimitée de la loi étrangère compétente et la sauvegarde des intérêts légitimes du for. Mais il faut prendre garde à ce que ces derniers ont déjà été pris en considération lors de l'élaboration des règles de conflit; l'ordre public n'est que l'*ultimum remedium*. Il sera, par conséquent, d'autant plus développé, et ceci n'est qu'apparemment paradoxal, que le système de conflit de lois qu'il corrige fait une place plus grande à la loi étrangère (11). Mais ce dernier remède doit être limité à l'extrême. C'est là évidemment l'intérêt des relations internationales. Mais c'est aussi l'intérêt de la logique du système: l'ordre public est analysé comme une exception à la règle; pour ne pas désorganiser cette règle, il faut évidemment que cette exception reste discrète et limitée. On peut donc dire que la méthode qui conduit à réduire au maximum l'étendue de l'ordre public est la meilleure.

Il est facile de montrer que c'est en examinant d'abord la loi étrangère que l'on est conduit à l'appliquer le plus souvent. Si en 1953 la Cour suprême de Norvège avait, comme le demandait la minorité, examiné la loi allemande, elle aurait fini par l'appliquer, au lieu d'appliquer d'office la loi norvégienne à une situation qui ne s'y rattachait que par les hasards du tribunal saisi. Appliquer sa propre loi au nom de l'ordre public tout en maintenant à l'ordre public le fondement d'exception aux règles de conflit, c'est pratiquer la politique de l'autruche, c'est crier gare à la loi étrangère sans même savoir en quoi elle consiste, c'est se prononcer sur une question tout en refusant de réunir la documentation nécessaire à sa solution. Voici par exemple une femme anglaise, mariée en Angleterre, qui veut empêcher son mari, Anglais, de vendre un immeuble qu'il possède en France, et qui invoque devant les tribunaux français l'hypothèque légale de la femme mariée. (Supposons que ce soit avant le décret du 4 janvier 1955 qui impose l'inscription de cette hypothèque.) Que l'on considère cette institution comme appartenant au statut personnel ou au statut matrimonial, le juge français doit considérer que c'est le droit anglais qui est applicable. Mais avant de le consulter, doit-il réfléchir sur le fondement de l'hypothèque légale de la femme mariée? S'il le fait, il sera certainement impressionné par l'origine de cette institution, destinée à protéger la femme contre

(11) Sur la différence entre l'étendue de l'ordre public dans les droits internationaux privés français et anglais, voir LLOYD, *op. cit.*, chap. V.

les abus de son mari, seigneur et maître de la communauté. Et l'on peut penser que ces nobles souvenirs conduiront le juge à déclarer d'ordre public l'hypothèque légale de la femme mariée, et à l'appliquer d'office à cette femme anglaise. Tandis que s'il avait d'abord consulté le droit anglais, il aurait constaté que ce droit ignore cette institution, mais il n'en aurait certainement pas conclu qu'il sacrifie pour cela les intérêts de la femme mariée et s'attire des reproches d'immoralité de la part du droit français. Un coup d'œil sur les droits successoraux du conjoint survivant anglais l'aurait convaincu que les femmes anglaises n'ont rien à envier à leurs voisines d'autre-Manche, et, finalement, la loi anglaise aurait été appliquée (12).

Certes, on peut répondre que l'hypothèque légale de la femme mariée est en France une institution en plein déclin, et que le juge, avant de déclarer d'ordre public une disposition de son droit interne, doit faire preuve de la plus grande modération, et s'en tenir aux lois véritablement fondamentales. Mais il n'y aurait là encore aucune garantie de juste raisonnement. Une loi interne peut sembler trancher une question d'importance extrême, par exemple la loi qui prohibe le mariage entre frère et sœur. Il semble bien que la question à laquelle répond cette loi ne puisse être tranchée que par oui ou par non, et que nécessairement le droit qui répond non refuse d'envisager un droit qui répond oui. Mais est-ce bien certain ? Ce que nous voulons éviter par cette disposition prohibitive, c'est un inceste particulièrement choquant. Mais il y a dans le mariage (13) d'autres valeurs qui peuvent même à la rigueur s'épanouir pleinement entre frère et sœur. Pour notre part, nous ne verrions rien de choquant dans une loi étrangère qui tolérerait un mariage blanc entre frère et sœur, comparable à celui que Joseph contracta avec la Vierge Marie. Nous connaissons d'ailleurs le même phénomène sous un autre nom : le cas est bien fréquent du frère et de la sœur veufs ou célibataires qui unissent leurs existences dans un seul foyer. Alors pourquoi se voiler la face et proclamer sans discernement le caractère d'ordre public d'une disposition du droit interne ? La vérité est qu'un regard sur

(12) Le point de cette question a été fait par M. BATIFFOL : « L'hypothèque légale de la femme mariée en France et le droit international privé », *Festschrift für Ernst Rabel*, Tübingen 1954, p. 591-609. Adde FRANCESKAKIS, note à *Revue*, 1955, p. 710.

(13) On peut penser, écrit M. FRANCESKAKIS (*La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, p. 33), que « le commerce charnel n'est pas, dans l'idée que la civilisation chrétienne se fait du mariage, un élément nécessaire de celui-ci... »

le droit comparé permet au juge d'élargir ses œillères quant à la définition de l'ordre public, et qu'il est inopportun de laisser perdre cette occasion (14). Sur le plan des résultats pratiques, il est donc très préférable que le juge du for examine la loi étrangère avant d'imposer sa propre loi au nom de l'ordre public.

109. — D'ailleurs, ne pas accepter ce préalable rendrait nécessaire la solution d'un autre problème. A supposer qu'il existe certaines normes fondamentales, d'une nature positive et rigoureusement obligatoires, pour reprendre l'expression de Savigny, comment les déterminer ? Savigny proposait d'abord de rechercher l'intention du législateur ; ensuite, dans les cas de beaucoup les plus fréquents où cette intention n'a pu être décelée, il proposait de partir de la distinction entre les lois impératives (absolues) et les lois supplétives, et de choisir parmi les premières celles qui n'ont pas pour seul but de « garantir par des règles certaines l'exercice des droits » et qui, par conséquent, « ne sont pas uniquement faites dans l'intérêt des personnes titulaires des droits » (15). Il entend viser par-là les lois qui se fondent sur une raison morale (interdiction de la polygamie) ou sur un motif d'intérêt général (lois restreignant l'acquisition de la propriété par les juifs). Voyons ce qu'il faut penser de ces propositions.

110. — Il arrive en effet que le législateur précise que dans certains cas la loi du for sera seule applicable à certaines situations. En droit suisse, par exemple, selon l'article 7 *b* NAG, l'étranger qui ouvre un commerce en Suisse, et qui est capable d'être commerçant selon le droit suisse, ne peut se prévaloir en ce pays d'une incapacité établie par son droit national. Dans le même esprit (article 7 *f* NAG, *Absatz* 2) un mariage célébré à l'étranger qui serait déclaré nul par la loi du lieu de célébration ne sera annulé en

(14) La jurisprudence des Etats-Unis a bien compris cette nécessité pour le juge du for de considérer le droit étranger avant de faire intervenir l'idée d'ordre public. En matière délictuelle, dans les premières années du *xx^e* siècle, les tribunaux américains ne consentaient à appliquer la loi étrangère que si elle était identique à la loi du for, ce qui revenait à considérer la loi du for comme étant une loi d'ordre public international. (Voir les références dans « Monrad G. PAULSEN and Michael I. SOVERN », *Public policy in the conflicts of Laws, Columbia Law Review*, novembre 1956 (n° 7), pp. 969-1016. Récemment : en 1927, *Hudson v. von Hamm*, 85, California, Aff. 323.259 Pac. 374 ; en 1955 (un tribunal de l'Iowa), *Jacobsen v. Sanor*, 72, N.W. 2° 900).

Mais la Cour suprême des Etats-Unis est intervenue pour mettre bon ordre à cette jurisprudence, et restaurer la théorie de l'ordre public sur ses bases orthodoxes. Dans un arrêt *Hughes v. Fetter* (341 U.S. 609) de 1951, elle a décidé qu'il est inconstitutionnel pour un Etat de refuser d'appliquer la loi d'un autre Etat sous le prétexte que l'exigence de « *substantial similarity* » ne serait pas remplie.

(15) *Op. cit.*, pp. 37 et 38.

Suisse que si le droit suisse annule aussi un mariage célébré dans de telles conditions. Voilà donc des hypothèses où le droit normalement applicable (loi nationale pour l'incapacité, *lex loci actus* pour la célébration du mariage) est écarté par une disposition expresse du législateur. On peut multiplier ces exemples : en droit allemand, un Allemand ne peut pas être condamné pour un délit commis à l'étranger à des dommages-intérêts plus élevés que ceux qu'il encourrait par application de la loi allemande : de même, un enfant naturel étranger ne pourra obtenir des tribunaux allemands des avantages plus grands que ceux qui sont concédés aux enfants naturels allemands par le *BGB*. En droit yougoslave, dans le titre du Code civil consacré aux empêchements au mariage, se trouve un article 82, alinéa 2, ainsi conçu : « Les dispositions de cette loi relatives aux obstacles provenant de l'existence d'un mariage antérieur, de la parenté, de l'aliénation mentale et de l'incapacité de jugement sont également applicables au national étranger qui désire contracter mariage devant l'organe compétent de la République Fédérale Populaire de Yougoslavie. » (16) En droit international privé français enfin, on a vu qu'il existe une semblable clause de réserve spéciale dans la loi de 1819 sur le prélèvement successoral. On peut aussi voir dans la jurisprudence de l'arrêt *Lizardi* une clause de réserve spéciale de l'ordre public.

Dans tous ces cas, grâce à la précision donnée par le législateur, la loi étrangère est écartée sans même avoir été consultée. On a même vu dans ce procédé la panacée qui permettrait d'écarter l'incertitude inhérente au problème de l'ordre public (17). Mais il convient cependant de faire sur lui les observations suivantes :

C'est d'abord un procédé très limité. Le législateur peut viser certains cas très particuliers. Il ne peut pas imaginer toutes les hypothèses où il est utile d'écarter la loi étrangère compétente. Ce ne pourrait donc être qu'un procédé qui s'ajouterait aux moyens classiques de la jurisprudence, et qui compliquerait plus le système qu'il ne le simplifierait. En second lieu, le procédé est en lui-même

(16) Voir TCHIRKOVITCH, « Les dispositions du droit international privé du Code de la famille yougoslave », *Revue*, 1952.221.

(17) Voir le vœu du III^e Congrès international de droit comparé, à la *Rev. int. de dr. comp.*, 1950, pp. 534-535 : « ... demande de mettre à l'étude le problème de l'ordre public international dans les conflits de lois en vue d'aboutir, dans toute la mesure du possible, à limiter le jeu de cette notion..., suggère qu'il pourrait être tenté de substituer par traité à la clause de réserve générale que constitue actuellement l'ordre public international un certain nombre de réserves spéciales après étude comparée du fonctionnement de l'ordre public international dans les divers systèmes juridiques nationaux. »

très critiquable et critiqué (18). D'une part, fait-on remarquer sur le plan pratique, ces clauses spéciales ont le plus souvent pour but de protéger les nationaux contre les étrangers; c'est une législation inspirée de l'intérêt national. Le plus souvent les lois internes envisagées sont appliquées de façon extensive quand un national du pays est intéressé; l'ordre public varie avec la nationalité des intéressés. C'est là un résultat détestable. D'autre part, sur le plan théorique, ces clauses spéciales que l'on donne en exemple ne sont pas caractéristiques d'une intervention de l'ordre public. S'il est vrai qu'elles supposent un rattachement déterminé (nationalité du demandeur ou du défendeur, exercice d'un commerce sur le territoire du for), on ne peut plus dire que ce soit la valeur propre des lois internes qui les fait appliquer de préférence à des lois étrangères. Tout au plus s'agit-il d'un droit de conflit exorbitant du droit international privé commun et qui se superpose à lui. Enfin, on doit remarquer que, même en envisageant ces clauses spéciales dans le cadre de la notion d'ordre public, elles ne répondent pas à la caractéristique essentielle de cette notion, à savoir la fluidité, l'élasticité, selon l'expression de M. Vallindas. Quand la loi a parlé, les tribunaux doivent en principe obéir et appliquer ladite loi jusqu'à ce qu'elle change. Au contraire, quand c'est la jurisprudence qui crée le droit, elle peut le modifier à son aise à chaque nouvelle occasion. Or en matière d'ordre public, comme nous le verrons plus tard, il est indispensable que la jurisprudence conserve cette liberté d'appréciation. Puisque le législateur empêche ce mécanisme de fonctionner, c'est que cette méthode est mauvaise, et il y a tout lieu de se féliciter de la voir si peu utilisée. Rappelons que le Code civil grec de 1940 supprime toute allusion aux clauses spéciales de l'ordre public.

111. — Le recours au législateur étant écarté, il faut chercher un autre critère des prétendues lois rigoureusement obligatoires. Savigny propose de rechercher parmi les lois impératives internes celles qui n'ont pas pour objet unique l'intérêt des personnes titulaire des droits qu'elles établissent. Par rapport à l'application de ces lois, chaque Etat doit rester isolé, appliquer les siennes dans tous les cas, et ne jamais tenir compte de celles des autres. Ainsi :

(18) Surtout VALLINDAS, « Le principe de l'élasticité de la réserve de l'ordre public et les réserves spécialisées », *Rev. hell. de dr. int.*, 1950.55 ; ACO, *Cours de La Haye*, précité, pp. 452 et suiv. ; cf. WOLFF, *op. cit.*, pp. 63 et 69-70 ; LEWALD, *op. cit.*, pp. 120-121 ; RAAPE, *op. cit.*, p. 63 ; ALDE KNAPP et MARTI (ouvrages précités).

« Dans un pays où la polygamie est défendue, les tribunaux doivent refuser leur protection au mariage de l'étranger fait selon les lois de son pays qui autorisent la polygamie. Si nos lois interdisent aux juifs l'acquisition de la propriété foncière, nos juges doivent interdire cette acquisition, non seulement aux juifs de notre pays, mais encore aux juifs des Etats étrangers où cette interdiction n'existe pas, bien que, d'après les principes généraux sur la collision (c'est-à-dire sur le conflit de lois), la capacité personnelle du droit et la capacité d'agir soient déterminées par les lois du domicile de la personne. Mais réciproquement l'Etat étranger dont les lois permettent aux juifs l'acquisition de la propriété foncière permettra cette acquisition aux juifs de notre pays, sans égard à la loi prohibitive de leur statut personnel. » (18 bis)

Ce critère n'est pas meilleur. Il n'y a pas de raison de limiter l'ordre public en droit international privé au seul domaine des dispositions qui sont d'ordre public en droit interne. On peut concevoir qu'une loi étrangère soit jugée choquante et contraire à l'ordre public français, alors même que les matières qu'elle réglerait ne feraient pas l'objet en droit français de dispositions impératives. (Exemple d'une loi étrangère qui ignorerait toute garantie dans le contrat de vente.) D'autre part, depuis Savigny, un effort de classification des lois d'après leur but principal, individuel ou social, a été tenté par Pillet. Cet effort a échoué parce que de telles entreprises ne peuvent réussir. Quoi de plus difficile que la recherche du but profond d'une loi ? quoi de plus complexe que la notion même de but d'une loi ? Les imbrications des intérêts individuels et des intérêts généraux sont telles que le départ entre eux apparaît impossible. Enfin, il arrive très souvent que l'ordre public intervienne pour imposer des lois internes du for qui sont plutôt des lois de protection individuelle que des lois « sociales », par exemple les lois sur la recherche de paternité naturelle. Mais même en admettant que ce critère mauvais puisse être remplacé par un autre (supposition purement gratuite), il faut se demander si l'idée de lois strictement obligatoires, idée à laquelle on est nécessairement conduit si l'on admet l'intervention de l'ordre public du for, sans considération de la loi étrangère, est en elle-même satisfaisante.

(18 bis) *Traité de Droit romain*, traduit par Ch. GUENOUX, 2^e éd., Paris, 1860, T. VIII, § 349, p. 39.

2° L'EXAMEN PRÉALABLE DU DROIT ÉTRANGER

EST UNE NÉCESSITÉ THÉORIQUE.

112. — Il faut maintenant démasquer l'équivoque qui se glisse dans la notion de « loi d'une nature positive rigoureusement obligatoire ». On peut toujours dire, et Savigny ne se faisait pas faute de le faire, que la substitution de la loi du for à la loi étrangère normalement compétente correspond toujours à la même notion de l'ordre public, que cette substitution se fasse *a priori* ou seulement après examen de la loi étrangère, parce que, dans les deux cas, il s'agit d'une exception à la « communauté de droit », et par là même aux principes généraux de solution des conflits de lois qui en sont solidaires. Certes, dans les deux cas, il y a bien exception, mais le même mot recouvre deux réalités bien différentes; dans un cas, il y a *préalable*; dans l'autre, il y a *correctif*. Dans un cas il y a préalable : en effet, le juge, saisi d'un procès relatif à une situation de droit international privé, recherche d'abord si la loi matérielle interne, qui serait applicable à l'espèce si celle-ci ne présentait pas un caractère international, n'est pas une de ces lois fondamentales qui exigent une application inconditionnelle et absolue. Dans la négative, on consultera le système national de droit international privé pour savoir quelle est la loi applicable. Mais, s'il s'agit d'une de ces lois, qu'on serait tenté, comme M. Maury, d'appeler « normes rigides » par traduction de l'allemand « *Prohibitivgesetze* », elle sera appliquée sans qu'intervienne seulement le droit de conflit du for. Par conséquent les conditions que nous nous sommes efforcé de dégager dans le Titre premier de cette étude, et dont la plus importante était le fonctionnement de la règle de conflit du for, ne sont plus exigées. Les exemples donnés par Savigny, et que nous avons cités quelques lignes plus haut, montrent des cas d'intervention de l'ordre public qui ne seraient certainement pas admis par la doctrine classique du respect international des droits acquis (le mariage polygamique contracté par un musulman dans un pays musulman est en général reconnu par les jurisprudences occidentales). Au contraire, dans la doctrine classique, l'ordre public intervient *après* le fonctionnement de la règle de conflit, pour corriger celle-ci. Il y a donc bien là deux conceptions qui s'affrontent, l'une qui tend à donner à l'ordre public un rôle matériel dans la solution du problème de droit international privé, et qui, à la limite, élimine le procédé du conflit de lois en se substituant à lui, et supprime toute influence de la loi étrangère dans le règlement de ces problèmes, en imposant d'office la loi

du for (19) ; l'autre conception ne reconnaît que le procédé du conflit de lois comme apte à régler les situations de droit international privé, quitte à le modifier après coup quand ses conséquences sont excessives. La recherche des raisons pour lesquelles est apparue la première de ces conceptions va nous permettre de dissiper de nouvelles confusions, tout en précisant la notion véritable de l'ordre public.

113. — On se laisse abuser, à notre avis, par deux comparaisons, la comparaison entre l'ordre public en droit interne et l'ordre public en droit international privé, et la comparaison entre l'ordre public dans les conflits de lois dans l'espace et l'ordre public dans les conflits de lois dans le temps. En effet, dans le droit matériel interne comme dans le droit transitoire, l'ordre public joue le plus souvent, et sans qu'on s'en aperçoive nettement, un rôle matériel.

114. — Depuis l'école de Mancini traîne dans presque tous les ouvrages de droit international privé une comparaison entre l'ordre public interne et l'ordre public international, et en général les auteurs critiquent la terminologie employée (20). Si une comparaison doit effectivement être faite, voyons dans quels termes elle doit être posée. D'après l'article 6 du Code civil, on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Par conséquent, lorsque le juge se trouve en face d'une loi qui, sans aucun doute, est une loi impérative c'est cette loi qu'il doit appliquer avant de rechercher ce que les parties ont décidé. Le Code rural réglemente avec soin la situation du bailleur et celle du fermier à l'expiration du bail. C'est à ces dispositions — impératives — que le juge doit se référer en cas de litige. Peu important les dispositions conventionnelles par lesquelles les parties auraient vainement tenté de se soustraire à cette législation d'ordre public.

On dit souvent que le procédé est le même en droit international privé, avec cette nuance que les lois impératives sont plus nombreuses en droit interne qu'en droit international privé. Pour que le parallélisme soit exact, il faut donc admettre l'existence en droit international privé de lois impératives, applicables quel que soit le contenu des lois étrangères. Au temps où l'on admettait que les lois d'ordre public au sens du droit international privé étaient déterminées ou à déterminer, et formaient une catégorie unique

(19) Voir RAAPE, *op. cit.*, p. 66, qui condamne l'idée de « *Zweckgesetze* », contraire à l'esprit du droit international privé.

(20) Voir une mise au point de cette question de vocabulaire dans SCHNITZER, *op. cit.*, p. 219. Voir aussi BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n° 367.

s'opposant à celle du statut personnel au même titre que les lois impératives en droit interne forment une catégorie s'opposant aux lois supplétives, la comparaison était séduisante. Mais aujourd'hui, l'on s'est aperçu que l'ordre public en droit international pénètre tous les domaines sans former une catégorie définissable, et qu'il agit en exception après l'intervention de la règle de conflit; aussi cette présentation n'est-elle plus qu'une image trompeuse. Elle reflète la confusion que nous avons déjà dénoncée entre les solutions fondées sur l'article 3, alinéa 1 du Code civil, et les solutions fondées sur la notion d'ordre public.

Mais ce n'est pas à dire que toute comparaison entre l'ordre public en droit interne et en droit international soit fallacieuse. Le diptyque que Savigny imaginait pour le droit international privé existe aussi en droit interne, mais on y prête moins attention. En fait l'article 6 du Code civil a été interprété de façon large par la jurisprudence. Celle-ci a vu dans ce texte une clause de réserve générale à la volonté des parties, constituée par les notions extensibles d'ordre public et de bonnes mœurs. Grâce à l'article 1133 elle a pu faire sortir la notion d'ordre public du cadre strictement légal prévu par l'article 6. Ainsi, il y a à l'heure actuelle deux techniques en droit interne pour annuler une convention contraire à l'ordre public. Pour reprendre l'exemple qu'on vient de citer, quand un contrat de bail vient à expiration, le juge sait que le législateur a prévu avec soin la situation par des dispositions impératives qu'il lui suffit d'appliquer sans consulter la volonté implicite ou explicite des parties. C'est la première technique. Mais quand le juge annule un contrat pour cause immorale, il doit au préalable examiner avec minutie le contrat. Il n'a pas à sa disposition de règle interne applicable d'office au contrat. C'est là la seconde technique de l'ordre public en droit interne. C'est la seule qui soit comparable à celle du droit international privé, c'est la seule qui garantisse la fluidité de la notion de l'ordre public, et qui oblige le juge à un examen scrupuleux de ce qu'il écarte (21). La première technique au contraire correspond à ces normes rigoureusement obligatoires dont nous avons rejeté l'opportunité en droit international privé. Le parallélisme est même frappant : en droit interne,

(21) Voir DORAT DES MONTS, *La cause immorale*, Paris, 1956, pp. 13-29. L'auteur retrace l'évolution de la jurisprudence sur les donations entre concubins, et montre nettement l'adaptation de la jurisprudence aux idées des différentes époques. Si l'on s'était contenté, comme sous l'Ancien Droit ou dans le projet de Code civil de l'an VIII, d'une disposition prohibitive interdisant ces libéralités, cette évolution ne se serait pas produite, et l'examen détaillé de chaque libéralité aurait été inutile.

le principe est encore l'autonomie de la volonté, et, profitant de leur liberté, les parties peuvent agir comme elles l'entendent dans certaines limites que le juge déterminera en faisant appel aux notions souples d'ordre public ou de bonnes mœurs. Mais aujourd'hui, il est courant de parler du déclin de l'autonomie de la volonté (22). Pour régler les situations de droit privé, un autre procédé tend à se substituer à celui de la volonté des parties. Ces dernières perdent peu à peu le pouvoir de régler par leur volonté les obligations nées de leur convention. C'est le législateur qui le fait à leur place, par des lois impératives. Ensuite, mais ensuite seulement, les parties peuvent encore régler librement certains détails que la loi n'a pas abordés. Mais, dans le règlement de ces détails, il se peut que la volonté des parties soit encore limitée par le phénomène (au sens classique cette fois), de l'ordre public ou des bonnes mœurs. Mais cet ordre public, né de la jurisprudence, n'est pas de la même nature que l'ordre public législatif.

Ce procédé de la loi impérative qui, en droit interne, tend à remplacer le vieux principe de l'autonomie de la volonté, doit-il être étendu au droit international privé et remplacer également le système du conflit de lois. Il ne le semble pas. En droit interne, le recours aux lois impératives a pour but de réaliser une certaine uniformité qui est peut-être une forme de l'égalité ou au moins de la justice qu'il ne nous appartient pas de discuter ici. Projeté en droit international privé, il aurait des résultats absolument inverses. Si tous les Etats en faisaient autant, on reviendrait à une application exclusive par chaque juge de sa propre loi interne, et par conséquent tous les efforts d'unification ou au moins d'harmonisation accomplis jusqu'à ce jour seraient détruits (23).

Voilà donc sur quel terrain on doit placer une comparaison entre l'ordre public en droit interne et en droit international privé. Si parallélisme il y a, on voit comme il est limité, et pourquoi les raisons propres à chacun de ces deux ordres juridiques empêchent de l'étendre. Ne pourrait-on valablement penser que, les méthodes étant plus proches, les comparaisons seraient plus précises entre les conflits de lois dans le temps et les conflits de lois dans l'espace ? (24) Nous allons constater que sur le terrain de l'ordre

(22) Voir par exemple SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2^e éd., n^{os} 20 et suiv., 71 et suiv., 236 et suiv.

(23) Voir RAAPE, *op. cit.*, p. 66.

(24) Cf. BATIFFOL, « Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps », *Le droit privé français au milieu du xx^e siècle*, I, pp. 292-303 ; COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Droit civil*, T. I^{er}, éd. 1953, pp. 162-163, note 2 ; Ch. GAVALDA, *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé*, 1955, n^o 14, pp. 21-22.

public, les différences sont encore plus grandes entre les deux droits de conflits qu'elles ne l'étaient entre le droit interne et le droit international privé.

115. — En droit intertemporel, comme en droit international privé, l'ordre public a pour conséquence de créer une exception à la solution normale du conflit. Mais c'est à cette constatation que doit se borner la tentative de rapprochement. En effet, en droit international privé, l'ordre public est à la discrétion du juge. En droit intertemporel, il est à la seule discrétion du législateur lui-même. On a vu qu'aux origines du droit international privé, le juge n'osait fonder les dérogations qu'il apportait aux règles générales des conflits de lois que sur l'interprétation d'une loi interne qu'il qualifiait « loi de police et de sûreté ». De la même façon, dans les conflits dans le temps, quand le juge applique une loi nouvelle à la place d'une loi ancienne qui semblait compétente, il le fait par interprétation de la loi nouvelle et non par le refoulement de la loi ancienne (25). De la même façon aussi qu'en droit matériel interne, le juge tire de l'interprétation d'une loi son caractère impératif qui doit la faire prévaloir sur la volonté des parties.

Mais en droit international privé le juge a dépassé ce stade, et quand désormais il applique la loi française au nom de l'ordre public, c'est après avoir vérifié que la loi étrangère ne répondait pas aux exigences fondamentales de l'ordre juridique, moral, social, ou politique du for. Dans les conflits de lois dans le temps au contraire, le juge est resté à ce stade primitif parce qu'il ne lui appartenait pas de le dépasser. Le juge ne peut pas mettre de côté la règle de conflit dans le temps au nom de l'ordre public. Ses moyens sont plus limités. Au temps où régnait la distinction entre

(25) A propos des lois établissant le cours forcé des billets de banque, voir Civ., 15 mai 1927, D.P. 1928.I.125, note CAPITANT, S. 1927.I.289, note ESMEIN; et surtout Civ. 11 févr. 1873 (D.P. 1873.I.177, S. 1873.I.97, note LABBÉ) dont nous croyons utile de reproduire l'attendu de principe en raison de la similitude de ses formules avec celles qui étaient employées à la même époque dans les conflits de lois dans l'espace :

« Attendu que les lois monétaires qui, en vue de conjurer une crise imminente, décrètent le cours forcé d'un papier de crédit, participent du caractère des lois de police et de sûreté ; qu'à ce titre elles intéressent incontestablement l'ordre public et rentrent, dès lors, dans la classe de celles auxquelles l'art. 6 du Code civ. défend de déroger par des conventions particulières. Attendu qu'une telle dérogation en cette matière est illicite, non seulement après la promulgation et sous l'empire de l'acte législatif qui, dans l'intérêt général, établit le cours forcé de valeurs fiduciaires représentatives du numéraire, mais aussi lorsque faite à l'avance, en prévision de circonstances qui rendraient nécessaire un pareil mode de circulation monétaire, elle se formule par une stipulation ayant pour but d'autoriser, ce cas advenant, le créancier à s'affranchir de l'obéissance aux dispositions légales qui l'auraient introduit... »

le droit acquis et la simple expectative, il lui était possible de jouer avec ces notions pour faire triompher ce qui pouvait ressembler à l'ordre public (26). Mais, ce faisant, il restait au stade de la mise en œuvre de la règle de conflit dans le temps et non de sa correction. On n'a jamais affirmé qu'une loi nouvelle pût, sans disposition expresse, rétroagir contre un droit acquis. Maintenant que le système des conflits de lois dans le temps s'est perfectionné, le juge ne peut y échapper que par interprétation des dispositions transitoires des textes nouveaux qui se présentent à lui. L'idée de considérer la loi ancienne pour apprécier sa compatibilité avec l'ordre public nouveau lui est étrangère, et c'est en cela que réside la différence avec les conflits de lois dans l'espace. En effet, l'article 2 du Code civil ne prévoit pas d'exception jurisprudentielle, et, obéissante, la jurisprudence n'a pu créer une notion de l'ordre public analogue à celle qu'elle créait en droit international privé (27). C'est le législateur qui dit quand il faut déroger au système normal de conflit. Dans le droit des conflits dans le temps, il n'y a donc que des réserves spéciales de l'ordre public; il n'y a pas de réserve générale; pas de fluidité, pas d'actualité de l'ordre public, mais plutôt des lois impératives, d'application rigoureusement obligatoire.

116. — On comprend donc que les amateurs de comparaison puissent être déroutés par de telles différences qu'on souligne rarement (28). Ce qui est vrai, c'est que la technique de l'ordre public prend un caractère propre selon le droit auquel elle s'applique. En droit interne coexistent deux méthodes; en droit international privé, il doit n'en exister qu'une, mais ce n'est pas la même que celle que l'on trouve dans les conflits de lois dans le temps. Il reste maintenant à vérifier dans quelle mesure la jurisprudence française relative à l'ordre public dans les conflits dans l'espace ne s'est pas laissée influencer par les comparaisons que l'on faisait autour d'elle.

SECTION II

LA CONSIDÉRATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE PAR LA JURISPRUDENCE

117. — Nous avons montré que pendant un temps la jurisprudence confondait, à la suite de la doctrine, les notions de loi de

(26) Voir pour un exemple Cass. civ., 22 avril 1929, D.H. 1929.280, S. 1932.I.129, note E.H. PERREAU.

(27) Voir Civ. Sect. soc., 20 mars 1956, D. 1956, Som. 21.

(28) Cf. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « L'ordre public en droit privé interne », *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, p. 381 et particulièrement pp. 397-401.

police et d'ordre public. Nous avons marqué aussi son évolution vers une conception qui correspond à celle que se fait maintenant la doctrine. Cependant, entre ces deux représentations de la même notion, se trouve une marche intermédiaire dont l'analyse théorique vient d'être faite dans la Section I du présent chapitre; c'est la notion de loi impérative en droit international privé. Il y a en effet plusieurs façons de concevoir l'application de la loi française à un litige donné : ou bien la loi française est appliquée sans difficulté, de façon parfaitement normale, parce que le litige s'y rattache (application de la loi française au statut personnel d'un Français, application de la loi pénale française à une infraction commise en France). Ou bien la loi française est appliquée pour la seule raison que le tribunal saisi est un tribunal français : le tribunal se trouve en face d'une situation qui réclamerait normalement l'application d'une loi étrangère, mais la loi française sur ce point est d'une telle importance qu'il l'appliquera d'office, sans même consulter la loi étrangère; ou bien enfin la loi française est appliquée parce que le juge s'est aperçu que la loi étrangère normalement compétente était incompatible avec les conceptions françaises fondamentales.

Procédant par éliminations successives, nous avons déjà rappelé après bien d'autres que le premier procédé n'avait rien à voir avec l'ordre public, et que le second, s'il est vrai qu'il consacrait une application exceptionnelle de la loi française, devait être écarté, ne fût-ce que par les résultats auxquels il conduisait. Mais, avant de s'en débarrasser définitivement, il faut encore rechercher s'il a trouvé quelque écho dans la jurisprudence française, et correspond par conséquent à une réalité positive.

La difficulté de cette recherche vient de ce que ce même procédé peut être considéré sous deux angles de vue très différents. On peut y voir une simple transition entre la notion ordre public — loi de police et la notion ordre public — exception corrigeant la règle de conflit. On connaît en effet l'hostilité des juges aux brusques revirements de jurisprudence, et leurs préférences pour de lentes et insensibles évolutions. A l'inverse, on peut voir là un palier à partir duquel la notion d'ordre public prendrait une nouvelle extension. Cette extension pourrait être dirigée dans deux sens très différents; l'un, auquel on ne veut guère songer, consisterait en un formidable recul, c'est-à-dire en la suppression de tout droit international privé et en l'application unique par chaque Etat de sa propre loi à toutes les situations. L'autre, auquel seul pensent les esprits généreux, pourrait conduire à une réduction du domaine du conflit de lois comme procédé de solution des

problèmes de droit international privé au profit de cette notion matérielle de l'ordre public qui s'attacherait à des règles de portée internationale, parfois même différentes des règles internes. Ainsi en France naîtraient à la fois un droit matériel destiné à la consommation interne, et un autre droit matériel promis à s'appliquer aux relations de caractère international. Nous allons rechercher dans la jurisprudence française cette notion de loi impérative en droit international privé, en nous plaçant successivement aux deux points de vue qui viennent d'être envisagés.

§ 1. — Existence en jurisprudence d'une notion transitoire de loi impérative en droit international privé.

118. — Nous limiterons notre examen au domaine de la filiation naturelle, les conclusions qu'on en tirera pouvant être étendues sans difficultés aux autres questions.

Il a déjà été rendu compte (29) de l'arrêt de la Chambre civile du 23 novembre 1857 (30), accueillant un pourvoi qui affirmait que les dispositions de notre Code relatives à la reconnaissance et à la légitimation des enfants naturels rentrent complètement dans la catégorie des lois de police et de sûreté... Quelle différence de rédaction avec l'arrêt rendu par la même Chambre civile le 10 juin 1947 (31) :

« Vu l'article 340 du Code civil; Attendu que si l'ordre public français ne permet pas d'intenter devant les tribunaux français l'action en recherche d'une filiation paternelle naturelle en dehors des cas et conditions limitativement prévus par l'article 340 du Code civil, alors même que l'action en recherche est régie par la loi nationale étrangère de l'enfant demandeur, ledit ordre public ne met pas obstacle à la validité et à l'exécution de la promesse pécuniaire d'un secours modique d'un montant déterminé, consenti à l'enfant par le père prétendu en considération de ses relations avec la mère à l'époque de la conception, quoiqu'il allègue l'infidélité de celle-ci pour ne pas reconnaître sa paternité. »

Dans le premier de ces arrêts, la Chambre civile a raisonné à l'ancienne manière; dans le second, elle a consulté la loi étrangère et constaté que celle-ci n'était pas contraire à l'ordre public français. L'évolution est donc tout à fait caractéristique; mais que s'est-il passé au cours de ces quatre-vingt-dix années qui les séparent? Le problème était celui de savoir si la loi française du 16 novem-

(29) *Supra*, n° 90.

(30) S. 1858.I.293.

(31) *Clunet*, 1946.49.25.

bre 1912 devait ou non être appliquée aux étrangers, dès lors qu'on considérait qu'il ne s'agissait plus là d'une loi de police et de sûreté, mais qu'au contraire la loi normalement applicable était la loi nationale étrangère de l'enfant demandeur. Pour ce faire, fallait-il envisager le caractère éventuellement d'ordre public de cette loi avant d'examiner la loi étrangère (et dans l'affirmative cette loi ne serait même pas consultée), ou ne pouvait-on pas examiner au préalable cette loi étrangère et ne l'écarter que si son application apparaissait comme trop choquante ? On devine que la jurisprudence devait d'abord choisir la première solution. Habitée à rechercher si le litige n'était pas soumis à une loi française de police et de sûreté, elle allait désormais, dans le même esprit, vérifier si « une loi française d'ordre public » n'était pas applicable au litige. Pour elle, cette opération est d'abord préalable au fonctionnement de la règle de conflit.

119. — La question devait se poser dans deux sortes d'hypothèses, le caractère d'ordre public de la loi de 1912 pouvant en effet s'attacher, soit au fait que la loi permet dans certains cas la recherche de la paternité, soit au fait qu'elle la refuse dans d'autres. La Cour d'appel de Paris, le 22 décembre 1920 (32) déclare qu'« en autorisant aux conditions qu'il prévoit la recherche judiciaire de paternité, l'article 340 du Code civil, modifié par la loi du 16 novembre 1912, consacre des règles qui sont, pour l'ordre social, d'une importance essentielle, et dont l'application s'impose en France aux étrangers comme aux nationaux » (33). La Chambre civile de la Cour de cassation, le 20 janvier 1925 (34), répond que « la loi française du 16 novembre 1912, modifiant l'article 340 du Code civil qui autorise la reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle n'est pas d'ordre public ».

Les auteurs, et particulièrement Pillet, se sont félicités de la solution de fond. Peu nous importe ici. Ce qu'il faut remarquer, c'est que la jurisprudence, quelle que soit la solution qu'elle ait finalement adoptée, a considéré le problème comme un préalable.

(32) S. 1921.II.97, note AUDINET.

(33) La Cour de cassation belge donne également une définition de la « norme rigide » en droit international privé, fondée sur son importance sociale, 4 mai 1950, *Clunet*, 1952.284, note HENNEBICQ, et p. 730, PHILONENKO. « Attendu qu'une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international privé que pour autant que le législateur ait entendu consacrer, par les dispositions de celle-ci, un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique établi, et qui, pour ce motif, doit nécessairement, à ses yeux, exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente inscrite dans le statut personnel de l'étranger. »

(34) S. 1925.149, note PILLET.

La loi en question est, ou n'est pas, d'ordre public, et, de la réponse à cette question dépend l'examen de la loi étrangère.

Cette première question résolue, il fallait encore déterminer sa portée. L'arrêt de 1925 signifiait-il que le préalable était définitivement tranché et que l'on devait désormais appliquer toute loi étrangère concernant la paternité naturelle, puisque les dispositions françaises n'étaient pas d'ordre public ? Nous posons ici le problème avec une relative mauvaise foi. Il est certain que dans l'esprit de ses auteurs, l'arrêt de 1925 ne donnait pas un blanc-seing à toutes les législations étrangères. Mais la méthode de raisonnement de la Cour de cassation permet de montrer à quoi l'on peut être conduit sans même s'en apercevoir. Si en effet l'on considère le problème de l'ordre public sous l'angle du droit interne plutôt que sous l'angle du droit étranger, si l'on s'attache davantage au caractère d'ordre public des lois internes qu'à la contrariété à l'ordre public des lois étrangères, on doit décider que toute loi étrangère doit être appliquée dès lors que la loi française correspondante n'est pas « une loi d'ordre public ». Voilà véritablement le vice fondamental de toutes les théories qui cherchent à déterminer l'ordre public en droit international privé à partir de l'ordre public en droit interne.

La Cour de cassation n'a pas voulu accepter cette conséquence extrême. Mais elle a conservé les formules anciennes. Nous allons voir les difficultés que cette attitude devait lui faire rencontrer. De nombreux plaideurs, se fondant sur l'arrêt de 1925, invoquaient dans leur recherche de paternité naturelle leur loi étrangère plus large que la loi française. C'était là une prétention qui ne pouvait être accueillie. Une législation traditionnellement attachée à la prohibition de la recherche judiciaire de la paternité naturelle qui, sous l'influence de pressions diverses, est amenée à faire une concession à des idées plus modernes en tolérant cette recherche dans certains cas, cherche par tous les moyens à éviter d'aller plus loin, même quand il s'agit d'étrangers. Il y a là une réaction qu'on ressent mieux qu'on ne l'exprime. Reprenant les formules d'un arrêt de Colmar du 30 octobre 1934 (35), l'arrêt de la Chambre civile du 26 mars 1935 (36) a cherché à traduire cette réaction dans les faits :

« Vu l'article 340 du Code civil... Attendu que si en principe l'état des étrangers reste régi en France par leur loi nationale, celle-ci ne saurait cependant faire échec aux *lois françaises d'ordre*

(35) *Clunet*, 1936.402.

(36) S. 1936.I.89, note NIBOYET, *Clunet*, 1936.399, note FERROUD.

public qui s'imposent même aux étrangers; que tel est le cas de l'article 340 du Code civil, du moins en tant qu'il refuse l'action en recherche de paternité en dehors des cas qu'il énumère limitativement. »

Il fallait, pour obtenir ce résultat, admettre que l'article 340 nouveau était une loi d'ordre public. Mais on avait dit le contraire en 1925, et l'on ne voulait pas revenir sur la solution de fond alors consacrée. On a donc été amené à morceler le caractère d'ordre public de la loi française. Ainsi s'explique l'expression un peu gauche « du moins en tant que... ». Mais par là même, on morcelait aussi l'examen de la loi étrangère. En effet, la solution adoptée par la Cour de cassation conduisait à rechercher, en premier lieu, si la loi étrangère est plus large, ou moins large, que la loi française. Si elle est plus large, la loi française étant considérée comme une loi d'ordre public, on n'ira pas plus loin dans l'examen de la loi étrangère ; par exemple, on ne vérifiera pas si les effets qu'elle accorde à la filiation qu'elle reconnaît sont assez limités pour justifier une extension des cas dans lesquels elle est reconnue. C'est évidemment une solution bâtarde : comme on ne voyait pas comment morceler davantage le caractère d'ordre public de la loi française pour l'adapter à toutes les situations que peuvent présenter les espèces régies par les lois étrangères, on a été conduit à exagérer dans des proportions dangereuses le caractère d'ordre public de la loi française (37). De ces excès témoigne l'arrêt de la Chambre civile du 30 novembre 1938 (38). S'attachant à la seule considération de la loi française, l'arrêt rejette la recherche de paternité naturelle formée par une mineur allemand, au motif que le demandeur avait laissé passer le délai de l'article 340 du Code civil français :

« Attendu que le délai imparti par l'article 340 du Code civil pour intenter l'action pendant la minorité de l'enfant, à peine de déchéance de cette action, a été prescrit pour des motifs d'ordre public se rattachant à l'honneur et au repos des familles... »

La même question s'est reposée récemment devant la Cour d'appel de Paris le 14 mars 1952 (39). La comparaison des deux arrêts montre le progrès réalisé par la Cour de Paris sur la Cour de cassation :

« Considérant que la déclaration judiciaire de paternité est régie par la loi personnelle de l'enfant, sous réserve des dispositions

(37) Voir note NIBOYET précitée.

(38) S. 1939.I.63.

(39) J.C.P. 1952.II.7075, note Jean MAZEAUD.

d'ordre public de l'article 340 du Code civil, que le délai d'exercice de l'action relié étroitement en matière de filiation au fond du droit est également régi par la loi nationale du demandeur, sans qu'il puisse être soutenu que les dispositions de cette loi doivent à cet égard être écartées par l'ordre public français lorsqu'elles prévoient un délai supérieur à celui qu'impose dans l'ordre interne l'application de l'article 340. »

Si la Cour de Paris reste encore fidèle à l'expression « disposition d'ordre public », il ne s'agit plus là que d'une simple question de vocabulaire, sans conséquence juridique. En fait, il est clairement précisé que si l'ordre public doit intervenir, c'est *a posteriori*, après l'examen de la loi étrangère (40).

On ne peut donc pas tirer de cette jurisprudence une conclusion en faveur de l'existence en droit international privé français d'une notion autonome de loi impérative ou d'ordre public. L'emploi cependant fréquent de cette expression par nos tribunaux résulte davantage d'une mauvaise terminologie que d'une conception originale du problème de l'ordre public.

120. — Comment expliquer cette mauvaise approche du problème par la jurisprudence ? Peut-être se combine-t-elle avec une tendance générale de l'esprit humain, à laquelle n'échappe pas la Cour de cassation, et qui consiste à simplifier parfois de façon excessive les problèmes, et à considérer qu'ils peuvent tous être résolus par un choix entre une solution affirmative et une solution négative. Par exemple, au temps où la recherche de paternité naturelle était prohibée, on voyait là une des deux réponses au problème, l'autre étant l'autorisation de la recherche. Or, puisque cette dernière était considérée comme contraire à notre ordre public, tout ce que nous pouvions faire était d'appliquer nos propres règles à la place de la loi étrangère. De même pour le divorce. Aussi, dans les cas de ce genre, est-on tenté de baptiser les dispositions internes « lois d'ordre public », car elles apparaissent comme l'une des deux seules réponses possibles au problème qu'elles

(40) Nous nous sommes limité volontairement au domaine de la recherche de paternité naturelle. Mais le même phénomène peut être observé, avec un degré variable d'achèvement de l'évolution, en bien d'autres matières. A titre d'exemples : Civ. 28 juin 1938, *Revue*, 1938.62, en matière d'assurances ; Civ. 20 juill. 1936, *Clunet*, 1937.233, en matière d'obligation alimentaire et arrêts cités par DEPREZ, *Revue*, 1957, p. 377 ; Seine, 3 juin 1938, *Clunet*, 1939.87, en matière de monogamie.

Voyez encore Cass. civ., 1^{re}, 12 févr. 1957, J.C.P. 1957.II.9882, *Revue*, 1957.297, note LOUSSOUARN, qui déclare que la loi française du 15 novembre 1887 instituant la liberté des funérailles, « touche à l'ordre public », et doit être appliquée au lieu de la loi nationale du défunt, normalement compétente.

cherchent à résoudre, et la seule qui puisse être reconnue par le législateur qui l'a édictée. Autrement dit l'examen de la loi étrangère n'avait pas à être poursuivi au-delà de la constatation qu'elle autorise le divorce ou la recherche de paternité, car c'est cette orientation même qui est considérée comme mauvaise, et, à vrai dire, toute orientation autre que celle qui est adoptée par la loi du for est réputée mauvaise. Il est certain que ce raisonnement est faux, et précisément l'examen des loi étrangères nous montre qu'il existe en général de très nombreuses façons de répondre à un même problème. Nous renvoyons ici aux observations développées à la première section de ce chapitre. La jurisprudence en prend d'ailleurs de plus en plus nettement conscience dans sa récente évolution.

Mais il existe peut-être une autre raison plus sérieuse qui explique l'usage persistant qu'elle fait de l'expression « loi d'ordre public » que nous avons incriminée. On peut en effet se demander si les conditions de travail de la Cour de cassation ne sont pas responsables pour une part de cet état de choses. On sait que la Cour de cassation, faisant usage de son droit de contrôle sur les décisions qui lui sont déférées, doit viser le texte qui a été violé avant de casser. S'il existait dans la législation française de droit international privé un texte analogue à ce que sont en droit interne les articles 6 et 1133 du Code civil, il serait beaucoup plus facile à la Cour de cassation de pratiquer la méthode que lui propose la doctrine, à savoir l'examen préalable de la loi étrangère, et, si besoin est, sa mise à l'écart pour incompatibilité avec les exigences de l'ordre public en général. Mais il n'en est pas ainsi. Depuis qu'un sens propre est donné à l'article 3, alinéa 1, du Code civil, il n'y a pas de disposition légale prévoyant l'exception d'ordre public en droit international privé ; or la Cour de cassation doit cependant viser un texte quand elle fait application de cette notion ; elle ne peut viser que le texte français correspondant à la loi étrangère dont elle écarte l'application. Ainsi, les arrêts de 1935 et de 1938 précités commencent par la formule classique : « Vu l'article 340... ». Si donc on écarte au nom de l'ordre public une loi étrangère dont on est obligé, de par les règles de procédure, de dire qu'elle viole l'article 340, il est difficile d'éviter de parler de loi d'ordre public à propos de cet article.

Il semble donc, et la dernière observation nous confirme en ce sentiment, que dans un grand nombre d'hypothèses, le recours à l'expression de loi d'ordre public ne recouvre aucune notion précise, et qu'elle soit même en voie de disparition. Mais la chose existerait-elle en d'autres domaines, où précisément le mot n'aurait pas été employé ? La loi française est-elle parfois appliquée à une

espèce, alors que rien n'appelait cette compétence, même pas la notion classique de l'ordre public en droit international privé ?

§ II. — La jurisprudence consacre-t-elle une notion autonome de loi impérative en droit international privé ?

121. — Il arrive fréquemment qu'en matière de conflit de lois dans l'espace un arrêt soit rendu que la doctrine s'explique mal. Il s'agit en général d'un conflit dont la solution n'est pas encore fixée par la jurisprudence, d'un domaine dans lequel plusieurs théories se combattent, et, la lumière n'étant pas encore faite définitivement sur les avantages et les inconvénients de chacune des solutions envisagées, la Cour de cassation, généralement dans des arrêts de rejet, préfère ne pas se compromettre et rend une solution d'espèce. Très fréquemment, ces solutions font application de la loi française, et si les partisans de la solution qui conduisait à cette compétence se félicitent de la décision, les autres cherchent à l'expliquer par l'intervention discrète de l'ordre public français. On saisit ici sur le vif la difficulté qu'il y a parfois de distinguer entre la notion d'ordre public qui ne s'exprime pas, ou qui sert plus ou moins de fondement à la règle de conflit elle-même, en choisissant celle qui donnera le plus souvent compétence à la loi française (par exemple, prépondérance de la loi française quand un Français est partie au litige), et l'ordre public qui intervient après le fonctionnement de la règle de conflit.

Soit l'exemple de la loi applicable au mariage putatif. Jusqu'à l'arrêt de la Chambre civile du 6 mars 1956 (41), on ne pouvait tirer de conclusions fermes de l'amas des décisions rendues par les tribunaux et les Cours d'appel. Devant la persistance de ces incertitudes, de nombreux interprètes avaient pensé que le mariage putatif, institution d'équité, s'imposait par lui-même, quelle que soit la loi applicable à l'espèce, en quelque sorte au nom de l'ordre public ou du droit naturel (42). Et l'on citait même à l'appui de cette observation de très anciennes décisions faisant appel au droit naturel pour trancher certains problèmes.

Si une telle interprétation était fondée, on se serait donc trouvé en présence de dispositions du droit interne, applicables d'office

(41) *Revue*, 1956.309, note FRANCESKAKIS, J.C.P. 1956.II.9549, note Alex WEILL.

(42) BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n° 447 ; FRANCESKAKIS et WEILL, notes précitées ; SAVATIER, note au J.C.P. 1950.II.5578 ; LOUSSOUARN, *Revue*, 1950.423 ; G.H., *Revue*, 1949.102 ; BARTIN, *Principes de droit international privé*, II, pp. 210-212, § 291 ; PERROUD, *Clunet*, 1913.1229 ; FIORE, *Clunet*, 1887.160.

à une situation litigieuse, sans même qu'il soit besoin de rechercher la loi compétente pour la régir. Pareille conception était inadmissible, aussi nous rangeons-nous derrière M. Loussouarn quand il écrit qu'« une semblable conception n'est pas sans danger, car elle risque de fausser le mécanisme juridique par une intrusion trop prononcée de l'équité », et que dans ces conditions, il vaut mieux dire franchement qu'on écartera les lois étrangères au nom de l'ordre public français quand leur examen révélera qu'elles ignorent l'institution du mariage putatif. Quoiqu'il en soit, la « bombe » du mariage putatif est aujourd'hui désamorcée, puisque la Cour de cassation vient d'admettre que le mariage putatif était soumis à la loi qui édictait la condition dont la violation avait entraîné la nullité du mariage (43).

122. — Si cette première alerte doit être considérée aujourd'hui comme sans objet, il existe deux autres questions plus troublantes qu'il faut maintenant examiner avec soin. Nous faisons d'abord allusion à la célèbre affaire *Fontaine* contre *Pulteney*, à l'issue de laquelle la loi française sur la reconnaissance d'enfant naturel a été appliquée à un enfant étranger. Une femme française avait eu une fille naturelle qu'elle n'avait jamais reconnue. Puis, vingt-neuf ans après ce qui n'avait été qu'un malheureux événement, la mère, ayant appris que sa fille avait fait un brillant mariage avec un citoyen britannique, et poussée davantage par la perspective d'avoir part à cette bonne fortune que par un repentir tardif, reconnaît sa fille, et peu après l'assigne en paiement d'une pension alimentaire. Etant devenue Anglaise par son mariage, la fille répond que sa loi nationale est désormais la loi anglaise, qu'aux termes d'une jurisprudence constante la reconnaissance d'enfant naturel est soumise à la loi nationale de l'enfant naturel, et que par conséquent la demande doit être rejetée. C'est ce que décide la Cour d'appel d'Aix par un arrêt du 28 octobre 1935. Mais on sait que la Cour de cassation a cassé cet arrêt le 8 mars 1938 (44), en affirmant « qu'une mère française ne saurait être privée du droit de reconnaître l'enfant issu d'elle, nonobstant toute disposition contraire de la loi étrangère dont il relève à raison de sa nationalité ». Voilà encore une décision dont on ne sait à première vue si elle est l'application d'une règle normale de conflit de lois ou si elle est inspirée par l'ordre public.

(43) Voir depuis, et dans le même sens, le jugement du Trib. civ. de la Seine du 6 mars 1957, J.C.P. 1957.II.10212 ; *Gaz. Pal.*, 1958, I, Som. p. 12.

(44) D.P. 1939.I.17, note NAST ; *Revue*, 1938.553, note BATIFFOL.

123. — La seconde interprétation a été très brillamment défendue par Lerebours-Pigeonnière (45). Pour lui, la Chambre civile considère que l'existence dans une législation d'un droit de la mère naturelle de reconnaître son enfant est une nécessité absolue. Il y aurait là une exigence telle que toute législation qui méconnaîtrait ce droit devrait être déclarée contraire à l'ordre public du for devant lequel elle serait invoquée (46).

Si l'ordre public est réellement le fondement de cet arrêt, examinons de plus près la façon dont il opère. Le juge qui est saisi d'un procès de droit international privé mettant aux prises une femme et son enfant naturel devra-t-il rechercher quelle est la loi compétente pour régir la reconnaissance, examiner cette loi, et la rejeter si elle ne permet pas cette reconnaissance ? Cela devrait être si ce qui était reconnu essentiel était simplement la possibilité de reconnaître (47) : en effet, la faculté de reconnaître un enfant naturel peut être aménagée de façons bien différentes. On pense particulièrement au délai dans lequel peut se faire cette reconnaissance. Mais l'arrêt prend soin de dire, *in fine*, que la Cour d'appel a méconnu le droit « imprescriptible » qu'une mère a de reconnaître son enfant. Alors la question de réglementation de cette faculté se trouve réglée. Et on ne voit plus pourquoi le juge aurait à consulter la loi étrangère avant de se prononcer sur la question de la reconnaissance, puisqu'il trouve en ses dispositions matérielles internes considérées comme d'ordre public international, et par conséquent d'application impérative absolue, assez d'éléments pour la trancher.

On se trouverait donc ici en présence d'une loi impérative en droit international privé, et Lerebours-Pigeonnière propose de partir de là pour intégrer dans ces lois impératives le contenu de droit privé de la déclaration universelle des droits de l'homme. Il est vrai qu'il admet que la mise en œuvre de certains de ces droits ne se conçoit pas sans l'intervention d'une loi déterminée. Mais tous les autres qui sont facilement déterminables par un mini-

(45) « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », *Le droit privé français au milieu du xx^e siècle*, T. I^{er}, 255 ; voir aussi MOTULSKY, *Revue*, 1950.65, et BATIFFOL, *Traité*, 2 éd., n° 477.

(46) Remarquons que cette interprétation dépasse singulièrement la portée de l'arrêt discuté, en admettant nettement la prééminence, ou du moins l'antériorité du droit subjectif à la loi qui le régit.

(47) C'est d'ailleurs ainsi que l'entend LEREBOURS-PIGEONNIÈRE qui accorde au mot imprescriptible un sens très particulier (*op. cit.*, p. 265). Les circonstances de l'arrêt nous font incliner vers le sens couramment reçu de ce terme ; la reconnaissance avait, en effet, eu lieu vingt-neuf ans après la naissance de l'enfant. On aurait donc pu parler de prescription.

mum de règles générales, formeraient une sorte de droit commun international que les tribunaux français appliqueraient d'office à toutes les situations qui se présenteraient à eux, et sans mettre en œuvre le lourd mécanisme du conflit de lois dans l'espace, la détermination d'une loi étrangère étant devenue inutile.

124. — Mais pour bâtir cette construction, nous avons dû supposer que l'arrêt *Fontaine* reposait sur l'intervention de l'ordre public. Or la lecture de l'arrêt, ainsi que la considération du courant jurisprudentiel et doctrinal de l'époque nous en font sérieusement douter. Il paraît plus vraisemblable d'interpréter l'arrêt comme ayant normalement appliqué la loi française sur la simple constatation que l'une des parties était française. Il est déjà curieux que l'arrêt ne parle pas d'ordre public ; de plus, tant au début qu'à la fin, il prend soin de préciser qu'il s'agit d'une mère française, et une telle précision donnée sur le fondement de l'ordre public aurait quelque chose de profondément déplaisant. A cette interprétation, M. Batiffol objecte « les nombreux arrêts qui ont appliqué à la recherche de la paternité la loi de l'enfant même quand le défendeur était Français » (48). Certes, l'objection est considérable. Elle peut même être poussée plus loin : on sait qu'en fait les tribunaux français sont arrivés en matière de filiation naturelle, à appliquer soit la loi de l'enfant, soit la loi française dans les cas où elle est plus favorable au défendeur français. Aussi peut-on penser que dans l'arrêt *Fontaine* la loi française a été appliquée parce qu'elle était plus favorable à la légitimation. y a-t-il là une intervention de l'ordre public ? On peut le dire, mais à condition de nuancer immédiatement cette affirmation. Si ordre public il y a, cet ordre public joue à sens unique, en faveur de la partie française. On a fait remarquer très justement (49) que la jurisprudence française relative aux conflits de lois en matière de filiation naturelle consacrait une véritable réserve spéciale de l'ordre public au profit de la partie française. Or, on a vu que les réserves spéciales de l'ordre public ne conduisaient qu'à une application normale, et non à une application exceptionnelle de la loi française, puisqu'elles exigent un rattachement comme condition de son intervention (50). C'est pourquoi il est aussi simple de dire que la loi française a été appliquée normalement parce que l'une des parties était française. Cette interprétation (qui ne contredit en rien celle qui consiste à voir ici

(48) *Traité*, 2^e éd., n° 477.

(49) LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, p. 120.

(50) *Supra*, n° 110.

l'application d'une réserve spéciale de l'ordre public) est d'autant plus probable que la veille de la seconde guerre mondiale est une période d'exaspération des idées nationalistes ; en législation, ce sont les décrets de 1938 sur la nationalité ; en doctrine, c'est la grande période de Niboyet ; en jurisprudence, ce sont les extensions de la notion d'ordre public d'une part, et d'autre part cette tendance de notre droit de conflits à appliquer la loi française dès qu'un Français est en cause. C'est par cette dernière idée qu'il faut expliquer l'arrêt *Fontaine* (51). Ainsi se dissipe une nouvelle fois la possibilité de trouver dans la jurisprudence la trace de la notion que nous cherchons. Mais à peine avons-nous coupé deux têtes de cette hydre qu'une troisième apparaît, plus redoutable encore.

125. — Depuis 1920, en France, une jurisprudence constante (52) a fait échapper les contrats dits internationaux au caractère impératif de la loi française du 5 août 1914 établissant le cours forcé du billet de banque et annulant les clauses-or. Cette jurisprudence a déclaré que cette loi n'était pas applicable aux rapports entre Français et étrangers quand ils impliquaient un double mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières. A vrai dire, la notion de règlement international n'est plus comprise aujourd'hui exactement de la même façon (53), mais il suffit ici d'en retenir l'idée générale. Dans toutes les espèces dont elle a eu à connaître, la Cour de cassation n'a pas écarté la loi française interne en invoquant la compétence d'une loi étrangère. Elle a interprété directement le droit français, en considérant que le législateur de 1914 n'avait pas entendu viser les règlements internationaux, et cette interprétation a été confirmée par la loi du 25 juin 1928. Elle a donc considéré, sur le terrain du conflit de lois, que la loi française était toujours compétente, alors que dans certaines hypothèses, il eût peut-être été plus simple au moins avant la loi de 1928, de relever la compétence d'une loi étrangère qui reconnaissait la validité des clauses-or que de recourir pour obtenir le même résul-

(51) Il résulte de l'arrêt *Henrich* du 22 mai 1957 que la reconnaissance volontaire d'un enfant naturel est aujourd'hui soumise à la loi de l'enfant.

(52) Req., 7 juin 1920, S. 1920.I.193, note LYON-CAEN ; Civ., 23 janv. 1924, S. 1925.I.257, note MESTRE ; Trib. com. Marseille, 7 déc. 1922, *Gaz. Pal.*, 26 janv. 1923 ; Nancy, 25 mai 1922, *Gaz. Pal.*, 26 nov. 1922 ; Paris, 18 oct. 1922, *Gaz. Pal.*, 7 nov. 1922 ; Civ., 17 mai 1927, S. 1927.I.289, note ESMEIN ; Civ., 9 juill. 1930, S. 1931.I.124 ; Civ. 17 juill. 1931, S. 1931.I.336 ; Civ. 8 juill. 1931, S. 1931.I.387 ; Civ. 14 févr. 1934, S. 1934.I.297, note MESTRE ; Req. 27 oct. 1943, S. 1944.I.46 ; Req. 17 nov. 1943, S. 1946.I.17, note NIBOYET, etc.

(53) Voir RABINOVITCH, « Vers une définition nouvelle du contrat international », *Gaz. Pal.*, 1956.I, Doctrine, p. 37.

tat à un raisonnement dont le moins qu'on pouvait dire est qu'il était prétorien (54). En tout cas, sur le terrain même du droit français, la jurisprudence avait déjà fait son choix, en décidant qu'il y existait deux ordres juridiques distincts, l'un applicable aux règlements internes et l'autre aux règlements internationaux.

Mais en d'autres hypothèses, ce n'était plus la loi française de 1914 qu'invoquait le débiteur récalcitrant, mais une loi étrangère identique, et normalement compétente pour régir le contrat. La jurisprudence française pouvait-elle se débarrasser de cette loi de la même façon qu'elle avait fait pour la loi interne française ? Il ne le semble pas. S'il appartient en France à la jurisprudence de créer de nouvelles règles de droit qui s'ajoutent aux règles légales et parfois les modifient, elle ne possède pas ce pouvoir en ce qui concerne l'interprétation du droit étranger. A cet égard, les premières décisions qui ont eu à connaître de ces problèmes sont assez surprenantes. La distinction, française, entre le contrat interne et le contrat international était si bien ancrée dans les habitudes de nos tribunaux qu'ils n'ont pas pu s'en affranchir quand ils se sont trouvés en face de contrats soumis à des lois étrangères. Pas un seul instant ils n'ont pensé que l'application de ces lois étrangères pût être envisagée, et ils ont cherché des expédients pour les éliminer sans examen, alors même que parfois ces lois étrangères conduisaient également à valider les clauses-or dans les contrats internationaux (*Affaire du Crédit foncier égyptien*) (55). L'expédient le plus courant était de considérer ces lois étrangères comme des lois de police et de sûreté, voire des lois de droit public, dont l'application ne pouvait dépasser les frontières de l'Etat qui les avait édictées. En fait, on les considérait comme en dehors du droit international privé (56). Ainsi le tribunal civil de Strasbourg écarte-t-il le 15 juillet 1930 (57) la loi allemande de revalorisation des créances du 16 juillet 1925, et le 30 juin 1953 (58), la Cour d'appel de Paris en fait autant de la loi russe du 25 juin 1917 restreignant la liberté d'exporter des capitaux. Le motif, on pourrait dire le *leit motiv*, est que ces lois sont d'application strictement territoriale. C'est encore la position qu'adoptent deux décisions du

(54) 17 mai 1927, S. 1927.I.289, note ESMEIN; voir BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., p. 677, note 51.

(55) Sur l'examen de cette jurisprudence, nous renvoyons à l'ouvrage de Mlle J. REISS, *Portée internationale des lois interdisant la clause-or*. Thèse Paris, 1936.

(56) Cf. ARMINJON, *Précis*, T. II, 367, n° 131.

(57) *Clunet*, 1931.684.

(58) *Clunet*, 1933.963.

tribunal de la Seine et de la Cour de Paris, respectivement du 31 mai 1933 et du 3 avril 1936 (59), pour écarter un décret égyptien du 2 août 1914. « Attendu que le cours forcé, mesure prise dans l'intérêt national, est restreint au territoire de la nation qui l'institue, et ne suit pas les valeurs circulant à l'étranger; qu'il n'est pas opposable en matière de paiement international. »

126. — Assez vite des voix se sont fait entendre pour dénoncer la fausseté de ce raisonnement (60). On a montré (61) que si la loi de police obligeait tous ceux qui habitent le territoire, elles n'obligeait pas que ceux-là et pouvait être appliquée hors de ses frontières à un litige né sur son territoire. Par conséquent, en l'espèce si telle était la qualification du décret égyptien, il aurait dû être appliqué par les tribunaux français. Au contraire, son exclusion pour ce motif signifiait implicitement qu'on reconnaissait ce même caractère de loi de police à la règle de droit français qui autorise la clause-or dans les contrats internationaux, qualification au moins douteuse. En tout cas, pour en revenir à la matière de ce chapitre, on arrivait au résultat qu'une règle de droit français était appliquée par les juges français à des situations qui, sans aucun doute, relevaient d'une loi étrangère, et sans que cette loi étrangère ait été examinée et écartée pour un motif avoué d'ordre public.

127. — A vrai dire, une autre tentative avait été faite pour écarter la compétence gênante de la loi étrangère; la Cour d'appel de Paris, le 24 avril 1940, prenant le taureau par les cornes dans l'affaire des *Messageries Maritimes*, avait cru pouvoir faire échapper l'emprunt-or litigieux à la loi canadienne annulant les clauses-or, en affirmant que « la société des services contractuels des Messageries Maritimes est mal fondée à prétendre que le contrat devait être nécessairement rattaché à la législation d'un pays déterminé, et qu'en fait les parties se seraient soumises, sinon formellement, du moins implicitement, à la loi canadienne; considérant en effet qu'en matière de règlement international, les conventions d'où résulte stipulation d'un paiement en or font la loi des parties; qu'elles ne peuvent être mises en échec que dans les limites territoriales de l'Etat où est requise leur exécution ». Dans cette décision la Cour de Paris avait pris de très gros risques, en résolvant de façon si spectaculaire le fameux problème de savoir si les parties à un contrat peuvent se dispenser de le rattacher à la législation

(59) D.P. 1936.II.87, note Léon MAZEAUD.

(60) REISS, *op. cit.*; L. MAZEAUD, note précitée; HAMEL, *Nouv. Revue*, 1937.499; SAVATIER, *Revue*, 1937.72; NIBOYET, note an S. 1942.II.29.

(61) *Supra*, n° 94.

d'un Etat déterminé. Nous verrons plus loin que la Cour de cassation ayant censuré cette manière de voir, la construction s'écroule. En tout cas, elle aboutissait au même résultat que la jurisprudence précédemment analysée ; en transfigurant de cette façon la volonté des parties, elle donnait à la règle française qui validait cette volonté une portée internationale absolue, puisqu'il aurait été désormais impossible d'invoquer la compétence d'aucune loi étrangère pour la contredire.

128. — En réalité la possibilité d'un raisonnement correct ne pouvait être trouvée que dans la voie de l'ordre public. Déjà la Cour d'appel de Bruxelles, montrait le chemin dans un arrêt très remarqué du 4 février 1936 (62). Statuant sur l'applicabilité de la *Joint Resolution* américaine à un emprunt émis par la ville d'Anvers, souscrit par les Banques nord-américaines, et soumis à la législation de l'Etat de New York, cette juridiction a très nettement posé le problème :

« Attendu qu'en réalité, le principe de la territorialité des lois de police et de sûreté a une portée internationale... Attendu en conséquence que le juge d'un Etat, s'il est fondé à appliquer le principe de la territorialité de ses lois de police et de sûreté, a par conséquent le devoir de respecter ce même principe lorsqu'il connaît de rapports juridiques tombant sous la compétence de lois étrangères du même genre... Attendu que... même si l'on pouvait considérer la « *Joint Resolution* » comme une loi de police et de sûreté, le juge devrait encore reconnaître qu'elle régit le contrat litigieux. Attendu que les dispositions d'une loi étrangère ne pourraient cependant pas être appliquées par le juge belge si elles étaient contraires aux principes d'ordre public en vigueur en Belgique ; mais que tel n'est pas le cas... »

La jurisprudence française ne devait que tardivement se rapprocher de cette sage attitude. Mais elle l'a fait de façon si peu claire qu'elle laisse la porte ouverte à de graves incertitudes. L'arrêt fondamental en la matière est celui de la Chambre civile du 21 juin 1950 (63). Le raisonnement est assez bref et tient en quelques attendus :

« Attendu que, si tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat, la Cour d'appel, interprétant souverainement le contrat litigieux, relève, tant dans ses motifs propres que dans ceux du jugement qu'elle confirme, qu'il résulte de l'analyse des documents de la cause que l'opération... constitue un

(62) *Gaz. Pal.*, 1936.I.513.

(63) *Revue*, 1950.609, note BATIFFOL, J.C.P. 1950.II.5812, note J.-Ph. LÉVY ; *Gaz. Pal.*, 1950.II.141 ; S. 1951.I.1, note NIBOYET ; D. 1951.J.749, note HAMEL, et surtout : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951.5.

emprunt international... Attendu qu'il appartient aux parties, en un tel contrat, de convenir, même contrairement aux règles impératives de la loi interne appelée à régir leurs conventions, une clause valeur-or, dont la loi française du 25 juin 1928 reconnaît la validité, en conformité avec la notion française de l'ordre public international. Attendu qu'il résulte des constatations des juges du fond que les contractants s'étaient référés à la valeur-or du dollar canadien d'après la loi canadienne en vigueur lors de la formation du contrat et... qu'ils avaient entendu soustraire leurs conventions à toutes mesures législatives susceptibles de diminuer le montant de la dette en modifiant le poids et le titre du dollar-or; attendu que cette interprétation... échappe au contrôle de la Cour de cassation... »

129. — Afin d'éliminer de la discussion les éléments qui ne se rapportent pas à la question qui nous préoccupe, nous chercherons seulement dans quelle mesure cet arrêt a répondu au problème de l'existence d'une notion de loi impérative en droit international privé. Autrement dit, le raisonnement sous-jacent à l'arrêt est-il celui-ci : 1° la possibilité pour les parties de choisir la monnaie de compte dépend de la loi applicable au contrat ; 2° en l'espèce la loi canadienne compétente ne permet pas ce libre choix ; 3° en cela elle est contraire à l'ordre public français qui prescrit cette liberté dans les rapports internationaux ;

ou celui-là :

1° L'emprunt en question est incontestablement un contrat international soumis à un juge français ; 2° il existe en droit français une règle absolument impérative, une règle d'ordre public international, selon laquelle en de pareils contrats, les parties ont la possibilité de convenir une clause valeur-or ; 3° cela suffit pour valider ladite clause contenue dans le contrat, et peu importe ce que décide sur ce point la loi interne appelée à régir la convention. Peu importe même quelle est cette loi interne.

L'intérêt théorique du problème est grand (cf. Section I). Il paraît en l'espèce plus important que son intérêt pratique ; les deux raisonnements ne conduisent-ils pas au même résultat ? Cependant, il pourrait y avoir intérêt à choisir dans le cas où la loi annulant les clauses-or dans les contrats non encore exécutés prévoirait des mesures équitables d'indemnisation des créanciers frappés. Alors, si l'on suivait le premier raisonnement, on appliquerait cette loi étrangère. Pas dans l'autre cas (64).

Il est très difficile de dire avec certitude la voie qu'a suivie la Cour de cassation ce jour-là. Ce qui milite en faveur du premier

(64) Cf. BATIFFOL, *Cours doctorat*, 1955.

raisonnement est la présomption d'orthodoxie dont bénéficient en général les arrêts de la Cour suprême. C'est aussi le caractère inhabituel et peu connu de la solution inverse.

Dans cet arrêt, tout prend une résonance étrange. Il pose un principe fondamental (tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat), mais c'est dans une simple incidente, et aucune conséquence pratique ne semble en être tirée. Il fait appel à la notion classique de l'ordre public, semble-t-il, mais l'adjonction à cette expression du qualificatif « international » était devenue trop rare pour que sa reprise ne laisse pas suspecter quelque mystère (65).

130. — En l'espèce, on ne peut pas dire que la Cour de cassation ait raisonné en considérant que l'emprunt était soumis à la loi canadienne. Sinon elle l'aurait dit. Mais elle ne le pouvait pas. La Cour d'appel ne s'étant pas prononcée sur ce point, et pour cause, il n'appartenait pas à la Cour de cassation de dire à quelle loi le contrat était soumis. La localisation par les parties de leur contrat, qui détermine la loi qui lui sera applicable, est une question de fait que la Cour suprême ne peut résoudre elle-même. Certes, dans son dernier attendu, l'arrêt rappelle que les juges du fond ont constaté que les parties se sont référées à la valeur-or du dollar canadien, d'après la loi canadienne en vigueur au jour de la formation du contrat. Mais il ne s'agit pas là d'une référence à la législation canadienne, sinon il aurait fallu décider expressément que la loi canadienne de dévaluation, postérieure, était applicable au contrat, ce que ne dit pas l'arrêt. Cet attendu a donc pour seul objet d'établir que les contractants étaient bien convenus d'insérer une clause valeur-or dans leur contrat (66). Même si de fortes présomptions faisaient pencher la balance envers la compétence de la loi canadienne (67), ce n'était pas à la Cour

(65) Cf. NIBOYET, note précitée.

(66) Voir LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, p. 26.

(67) Il convient d'ailleurs de ne pas exagérer ces présomptions : la Cour de Paris a décidé dans une autre affaire issue de ce même emprunt que le contrat était soumis à la loi française, et la Cour de cassation n'a pas censuré cette manière de voir (Paris, 16 mai 1951, *Clunet*, 1952.1223 ; Civ. 1^{re}, 24 janvier 1956, D.S., 1956.317, note LENOAN). Plus récemment encore, dans une troisième affaire, le tribunal de commerce de la Seine (11 mars 1957, J.C.P., 1957.II.9964, note J.-Ph. LÉVY, relève « que les parties n'ont, ni expressément, ni implicitement, stipulé qu'elles entendaient rattacher leur convention à la loi canadienne ». Ces décisions seraient difficilement explicables si l'arrêt du 21 janv. 1950 avait décidé que la loi compétente était la loi canadienne.

Remarquons que ce jugement ne dit pas non plus que l'emprunt était soumis à la loi française. On est très proche de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris affirmant qu'un contrat peut n'être rattaché à la loi d'aucun Etat déterminé.

de cassation qu'il appartenait d'affirmer cette compétence. Si l'on prend bien conscience de ce fait, l'arrêt ne fait plus difficulté : dans un contrat international, les parties sont libres d'insérer une clause valeur-or, quelle que soit la loi interne à laquelle se rattache ledit contrat. Autrement dit, pour savoir si la clause est valable, on n'aura jamais besoin de consulter la loi étrangère qui régit le contrat, car sa validité est imposée en toutes circonstances par la notion française de l'ordre public international.

On peut alors reprocher à cette interprétation de ne laisser rien subsister du principe posé au début de l'arrêt, selon lequel le contrat est nécessairement rattaché à la législation d'un Etat déterminé ; mais pourquoi vouloir lui donner une portée plus grande que celle que lui donne la Cour suprême ? Si la Cour de cassation pose le principe, elle le fait sous la forme grammaticale restrictive de la proposition subordonnée d'opposition (68). En somme, dit-elle, s'il est vrai qu'en principe un tel contrat est nécessairement rattaché à la législation d'un Etat déterminé, il n'en reste pas moins que de toute façon la clause valeur-or doit être reconnue valable. Cette clause valeur-or dépend donc de la seule volonté des parties, « soutenue » par la règle de droit français qui lui donne ce pouvoir. En cette matière, la loi française sera toujours appliquée, mais non pas comme une loi de police et de sûreté qui, pour ce faire, nécessiterait que le litige lui soit lié par un certain rattachement, mais comme une de ces lois impératives du droit international privé dont nous recherchons l'existence depuis le début de cette section.

Il faut même ajouter que ce résultat est dans la logique du système français qui connaît en ces matières la distinction entre l'ordre juridique interne dans lequel la clause est interdite, et l'ordre juridique international dans lequel elle est permise ; voici une règle de droit qui déclare que la clause-or est valable dans les contrats internationaux : cette règle de droit français est faite uniquement pour des situations qui comportent des éléments étrangers, et dont le centre de gravité peut se trouver en un autre pays que celui du juge, au point d'entraîner la compétence d'une loi étrangère. A ce stade, logiquement, c'est la loi étrangère que le juge devrait appliquer ; mais en lui-même, une autre idée se fera jour : pourquoi ne pas considérer que la loi française est toujours applicable par le seul fait que le contrat est international, et qu'on

(68) Voir SOUCHE et LAMAISSON, *La grammaire et le français*, classes de 4^e et 3^e, 56^e éd. 1953, p. 228.

n'avait pas précisé qu'en outre, pour le jeu de la règle, ce contrat international devait être rattaché à la loi française. On voit par là comment la qualification de contrat international risque de mettre en échec le procédé classique du conflit de lois par l'adoption unilatérale ou plurilatérale de règles matérielles propres (69).

On doit donc reconnaître loyalement que l'idée que nous avons dénoncée tout au cours de ce chapitre se trouve dans cette décision. Cette méthode de raisonnement a d'ailleurs été reprise dans une affaire née de ce même emprunt, et tranchée par la Cour d'appel de Paris, le 16 mai 1951 (70). En l'espèce, l'effet est moins spectaculaire, car le contrat a été considéré comme soumis à la loi française. Mais l'affirmation de la licéité de la clause-or est encore antérieure à la recherche de la loi applicable : « Considérant... que l'emprunt souscrit en juin 1927 par la société des services contractuels des *Messageries Maritimes* présente tous les caractères d'un emprunt international dans lequel la clause-or est autorisée. Considérant que tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat; qu'il importe donc de rechercher, d'après les éléments de la clause, quelle est cette loi... »

131. — Il est certainement très difficile de faire un pronostic sur les développements possibles de cette nouvelle technique de l'ordre public (71). Pourtant pareille réflexion est nécessaire si l'on veut rendre compte du mécanisme de l'intervention de cette notion. Ses dangers sont grands. Ici elle permet assez paradoxalement de promouvoir un certain libéralisme (72). Mais si chaque Etat développe des conceptions différentes de l'ordre juridique international, et prétend les appliquer de façon impérative, le gâchis sera plus grand encore qu'il n'est aujourd'hui. Bien plus, ici, le procédé a servi des buts généreux. Il peut demain servir des intérêts nationaux

(69) Cf. WIEBRINGHAUS, *Beitrag zur Lehre vom Gesetze der funktionellen Verdoppelung innerhalb einer universalistischen Theorie des internationalen Privat- und Völkerrechts*. L'auteur développe l'idée de M. Georges SCELLE d'un dédoublement fonctionnel, l'Etat agissant parfois en tant qu'Etat national, et parfois en tant qu'autorité internationale. Voir les critiques de M. MEZGER, *Revue*, 1954.648.

(70) J.C.P. 1952.II.6887, note ITHIER, *Clunet*, 1952.1228.

(71) Deux arrêts récents de la Cour d'appel de Paris semblent vouloir étoffer la distinction entre le contrat interne et le contrat international. Le 10 avril 1957 (J.C.P. 1957.II.10078, note MOTULSKY), cette Cour affirme la possibilité pour l'Etat français de compromettre dans un contrat international. Le 22 janvier 1957 (J.C.P. 1957.II.10165, note MOTULSKY), cette même Cour pose le problème de la validité dans l'ordre international de la clause, contraire à l'ordre public interne, par laquelle les parties ont attribué formellement compétence aux arbitres seuls pour statuer sur la validité de la clause compromissoire.

(72) Voir BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n° 628, p. 678.

égoïstes. Cette tentative d'établir des règles matérielles propres à régler les litiges internationaux, et de les imposer au nom de l'ordre public, au nom d'un ordre public que l'on détourne de son sens habituel, est vouée à l'échec car elle est unilatérale. On concevrait très bien que l'ordre public français réagisse contre une loi étrangère qui annulerait les clauses-or dans les contrats internationaux. Mais alors il faudrait avoir examiné la loi étrangère et voir si malgré cette interdiction elle ne comporte pas d'autres dispositions qui lui permettraient d'échapper à notre ordre public.

Les impasses auxquelles conduit la voie choisie par la Cour de cassation nous permettent de penser qu'elle ne s'y entêtera pas, et qu'elle reviendra à la notion classique de l'ordre public. Ce faisant, elle n'opérerait d'ailleurs pas un véritable revirement de jurisprudence. Elle préciserait utilement ce qu'elle a laissé dans l'ombre en 1950. Si en effet on replace l'arrêt du 21 juin 1950 dans son contexte historique, on constate le progrès qu'il réalise. Avant lui, la règle française était appliquée sans aucune justification. Puis l'arrêt en question intervient et place pour la première fois en France le problème sur son véritable terrain, le terrain de l'ordre public, en en étendant le domaine de façon très originale (73). Certes, techniquement, les circonstances se présentent plus mal. La Cour de cassation affirme que la solution doit être recherchée dans la notion d'ordre public, mais il lui est impossible de parvenir à la détermination de la loi normalement compétente qui se trouve écartée. A cause de cet accident, le résultat final n'est pas heureux. Mais rien n'autorise l'opinion selon laquelle il y aurait dans cette décision la base d'un développement futur. Il semble plutôt que l'évolution correspondra à celle qui a déjà été retracée dans le paragraphe I de cette section, où des phénomènes de ce genre ont été observés, mais qui se trouvent aujourd'hui résorbés. Ici la nouveauté des problèmes fait que l'on prend plus tard conscience des difficultés, mais elles sont de même nature.

132. — Aussi, sans vouloir minimiser les dernières difficultés que nous avons rencontrées, pensons-nous toujours pouvoir affirmer, comme le faisait la doctrine classique, que l'examen de la loi étrangère est une condition indispensable à l'application de la loi

(73) Cf. note BATIFFOL et article LEREBOURS-PIGEONNIÈRE précités.

du for au nom de l'ordre public, et nier la possibilité pour la notion de l'ordre public de jouer un rôle matériel dans la solution des problèmes de droit international privé, à côté de la technique des conflits de lois.

Mais, avant d'écarter la loi étrangère qui contient des dispositions qui lui paraissent incompatibles avec l'ordre public du for, le juge doit encore vérifier dans quelle mesure les circonstances concrètes de l'espèce le conduisent à l'application de ces dispositions choquantes.

CHAPITRE II

LA CONSIDERATION DES CIRCONSTANCES CONCRETES DE L'ESPECE

133. — C'est là une condition de fonctionnement de l'exception d'ordre public que l'on trouve formulée chez un grand nombre d'auteurs, d'ailleurs plus souvent germaniques que français (1). Pour beaucoup, la question n'est pas tant de savoir si la loi étrangère *in abstracto* est contraire à notre ordre public, que de rechercher si en l'espèce la façon dont elle est appliquée heurte cet ordre public. Pour d'autres, le contenu de la loi étrangère n'aurait rien à voir avec l'ordre public, tout le problème serait concentré sur

(1) Voir SCHNITZER, *op. cit.*, p. 223 ; RAAPE, *op. cit.*, p. 63 ; DÖLLE, *op. cit.*, p. 399 ; LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, p. 123 ; Adde en Suisse KNAPP (thèse précitée) et MARTI (ouvrage précité) ; en Italie, AGO, *Règles générales des conflits de lois*, p. 440 ; en Grèce, VALLINDAS, article précité, p. 273 ; en France, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours à la Faculté de Droit de Paris*, 1939-1940, p. 614, BARTIN, *Principes de droit international privé*, I, § 97. Ajoutez MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, 1952. En Angleterre, voir LLOYD, *op. cit.*, chapitre V.

cette application concrète (2). On voit ainsi le double assaut qui est dirigé contre la formule défendue au chapitre précédent : considération de la loi étrangère. Les uns, dont nous avons déjà critiqué la thèse, estiment qu'il est inutile d'examiner la loi étrangère et que la réflexion sur les institutions internes doit suffire pour déterminer celles qui doivent être dotées d'une valeur internationale absolue. Les autres se placent du point de vue absolument opposé, et cherchent à descendre un degré de plus dans la concrétisation de l'ordre public. Jusqu'où doit-on les suivre dans cette voie ? Même si leur idée est bonne, la traduisent-ils convenablement en parlant de considération des circonstances concrètes de l'espèce ? La difficulté de répondre à ces questions vient de ce que, si les auteurs s'entendent sur la formule, ils sont loin de le faire sur le sens et la portée qu'il convient de lui attribuer.

Pour certains, elle correspond à un procès-verbal de carence. Ces auteurs se sont efforcés de rechercher à quoi on pouvait bien reconnaître une disposition étrangère contraire à notre ordre public, et, n'aboutissant à aucun résultat, ils en ont conclu, un peu rapidement semble-t-il, à l'indépendance complète entre la réaction de l'ordre public et le contenu de la loi étrangère éliminée. Pour masquer cet échec, la formule selon laquelle l'ordre public dépend avant tout des circonstances concrètes du litige leur a paru évidemment très commode. D'autres auteurs, au contraire, sont beaucoup plus modérés dans l'expression de leurs idées. Pour eux, la considération du cas concret est une condition qui s'ajoute, et ne se substitue plus, à la considération de la loi étrangère.

Il faut donc étudier en premier lieu les théories fondées sur l'indépendance complète entre l'ordre public et le contenu de la loi étrangère, et les éliminer, au moins dans leur expression actuelle ;

(2) Voir la formule du *Reichsgericht* allemand : « L'article 30 doit recevoir application lorsque la différence entre les conceptions politiques ou sociales sur lesquelles reposent les dispositions étrangères et les dispositions allemandes correspondantes est si accusée que l'application du droit étranger porterait directement atteinte aux fondements de l'état politique et social de l'Allemagne. » (« *Art. 30 ist dann anzuwenden, wenn der Unterschied zwischen den staatspolitischen oder sozialen Anschauungen auf welchen dieses Recht und auf welchen das konkurrierende deutsche Recht beruht, so erheblich ist, dass die Anwendung des ausländischen Rechts direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde.* » R.G.Z. 60/296, 63/19, 93/183, 106/83, 110/173, 119/259 ; 17 févr. 1936, *Nouv. Rev.*, 1936.344, note MEZGER.)

Cf. la formule de SCHNITZER : « Le droit étranger ne doit pas être appliqué, dès lors que le résultat de son application serait totalement incompatible avec les conceptions du droit interne. » (« *Fremdes Recht ist insoweit nicht anzuwenden, als das Ergebnis seiner Heranziehung mit der einheimischen Rechtsauffassung gänzlich unvereinbar ist.* »)

il faudra ensuite rechercher le rôle exact des circonstances concrètes du litige dans la détermination du caractère contraire à l'ordre public de la loi étrangère mise en œuvre.

§ 1. — Élimination des théories fondées sur l'indépendance entre l'ordre public et le contenu de la loi étrangère.

134. — Les deux auteurs les plus représentatifs de cette tendance sont en France *Bartin* et en Allemagne *Raape*. La parenté de leurs recherches et de leurs doctrines est sur ce point saisissante. Tous les deux convaincus que le contenu de la loi étrangère n'est pas déterminant dans le déclenchement du mécanisme de l'ordre public, ils cherchent à le démontrer par deux propositions qui, si elles sont plus expressément formulées par *Raape* que par *Bartin*, n'en constituent pas moins la trame du raisonnement de ce dernier. Ces deux propositions reposent sur des faits positifs irrécusables, mais mal interprétés.

135. — 1° L'application d'une loi étrangère choquante n'est pas elle-même nécessairement choquante.

Si vraiment, dit *Bartin*, les dispositions d'ordre public international dans un Etat donné, se caractérisent par leur objet, par l'intérêt social qui s'attache à l'observation de la règle qu'elles posent, « il est clair que ces dispositions ne changent pas de nature suivant que la disposition contraire de la loi étrangère normalement applicable est invoquée devant la juridiction française pour atteindre en France le résultat que la loi française interdit (obtenir le divorce avant 1884), ou suivant qu'elle est invoquée devant la juridiction française pour atteindre en France les conséquences de ce résultat normalement atteint à l'étranger (contracter un second mariage), alors que c'est justement à raison de ces conséquences possibles que le résultat dont ces conséquences découlent ne saurait être atteint en France ». Or, continue cet auteur, la jurisprudence de la Cour de cassation écartera la loi étrangère dans le premier cas, mais non dans le second (arrêt *Bulkley* du 28 février 1860, précité) (3). Et l'on a vu plus haut comment ce même *Bartin* refusait de voir dans la doctrine des droits acquis la saine explication de cette jurisprudence (4).

Raape (5) donne de son côté un exemple tout à fait comparable, qu'il a trouvé dans la jurisprudence allemande. Voici un Russe qui

(3) Voir une conclusion semblable dans *P. LEPAULLE*, « A propos de l'arrêt *Rivière* », *Revue*, 1954, p. 91, et spécialement n° IV, p. 95.

(4) *Principes de droit international privé*, I, § 98, p. 260.

(5) *Internationales Privatrecht*, 1950, pp. 63-64.

a épousé au temps où le droit soviétique ne connaissait pas l'empêchement d'alliance, la mère de sa première femme. Puis le mari s'est sauvé en Allemagne, et sa femme (son ex-belle-mère) l'y assigne en paiement d'aliments. Il ne fait aucun doute, écrit Raape, et nous le croyons sans peine, qu'un tel mariage est absolument contraire à l'ordre public allemand. Mais il serait également contraire à l'ordre public allemand d'empêcher une femme, après tout légitime, de réclamer à son mari des secours alimentaires. Cependant, en accordant à cette femme les aliments qu'elle réclame, on consacre une loi étrangère contraire à l'ordre public du for. C'est que, explique Raape, si la loi étrangère est réellement choquante, son application à l'espèce ne l'est pas.

136. — La conclusion que ces deux auteurs tirent de ces exemples doit-elle être acceptée ? Si, en ces espèces, l'ordre public n'intervient pas, est-ce réellement parce que cette intervention est indépendante du contenu de ces lois étrangères ? Il convient pour répondre à cela de se reporter à ce qui a déjà été dit (6). Si l'ordre public n'intervient pas, c'est que la règle de conflit du for elle-même n'est pas intervenue. Nous avons déjà démontré cela sur l'exemple du divorce (7). Appliquons maintenant cette idée à l'exemple de Raape. Le problème principal soumis au juge allemand était celui de l'obligation alimentaire entre époux. C'est là un problème qui ressort à la compétence de la loi nationale des intéressés. Mais il est clair que cette obligation alimentaire n'existe, et c'est la question préalable, que si les prétendus époux sont effectivement mariés. La validité du mariage doit être appréciée, ainsi que nous l'avons dit plus haut, selon le droit international privé de l'Etat dont la loi est applicable à la question principale, c'est-à-dire le droit russe. Par conséquent en l'espèce le droit international privé allemand n'avait pas à intervenir quant à la question de la validité du mariage, ni, par-là même, à être corrigé par la réserve de l'ordre public. Certes il est exact de dire qu'en ces espèces, l'intervention ou la non-intervention de l'ordre public a dépendu des circonstances concrètes dans lesquelles se présentait l'application de la loi étrangère. Mais il n'y a rien là que nous n'ayons déjà rencontré ; l'examen du cas concret permet en effet de trouver dans le litige le rattachement au droit de conflit du for, rattachement indispensable au fonctionnement de l'ordre public. Mais ce n'est pas parce que l'ordre public du for se désintéresse toujours du contenu de la loi

(6) *Supra*, T. I, ch. I, S. 3.

(7) Voir *supra*, n° 71.

étrangère qu'en l'espèce il n'intervient pas; c'est tout simplement parce qu'il n'a pas prise sur elle.

137. — 2° Il se peut qu'en certains cas soit choquante l'application d'une loi étrangère qui, en elle-même, est parfaitement conforme à l'ordre public du for. BARTIN (8) donne l'exemple du Français qui, pour échapper à la publicité que la loi française impose pour le mariage, va se marier en un pays moins exigeant. Il s'étonne qu'on n'accepte pas ce mariage en France, alors que les formes de la loi locale ont été respectées, et qu'elles n'étaient nullement contraires à l'ordre public. Dans le même esprit, RAAPE (9) rappelle le cas de l'Allemand qui s'est fait naturaliser citoyen britannique pour pouvoir déshériter son fils. Il remarque qu'en cette hypothèse le juge allemand appliquera la loi allemande et écartera la loi anglaise normalement compétente, alors que cependant, prise en elle-même, elle n'est pas contraire à l'ordre public allemand.

138. — Ce sont par conséquent dans des cas typiques de fraude à la loi que ces auteurs prétendent trouver une des manifestations essentielles de l'indépendance absolue entre la réserve de l'ordre public et le contenu des lois étrangères internes. Mais cette idée repose sur une confusion qui tend à disparaître entre l'ordre public et la fraude à la loi (10). Là encore, on se laisse prendre aux apparences. Superficiellement, il semble bien que dans les deux cas, la loi apparemment compétente soit écartée au profit de la loi du for; pourtant, dans le cas de la fraude à la loi, le droit international privé du for est paralysé avant même d'être intervenu, car on s'est aperçu à temps que sa mise en œuvre ne reposait que sur une manœuvre frauduleuse de l'une des parties. En appliquant la loi du for dans un cas de fraude à la loi, le juge n'obéit pas à un réflexe de défense sociale que lui inspire le contenu du droit étranger, il se contente de sanctionner un acte frauduleux de l'une des parties. On serait tenté de fonder cette théorie qui, à la différence de l'ordre public, ne fait pas sortir le juge du rôle qui est le sien en droit interne, sur la notion de cause illicite (11). En effet, si la princesse *de Bauffrémont*, en son temps, cherchait à se

(8) *Ibid.*, p. 263.

(9) *Ibid.*, p. 65.

(10) Voir BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n° 375; LEREBOURS-PICEONNIÈRE, *Précis*, 6^e éd., n° 263; NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, T. III, n° 1079, et les références citées par ces auteurs : adde MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente; l'ordre public international et la fraude à la loi*, pp. 162 et suiv.

(11) Voir NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, T. III, n° 1080-90.

faire naturaliser dans le duché de Saxe-Altenburg, c'était pour pouvoir tourner la prohibition du divorce inscrite dans son statut national. Cet acte juridique par lequel elle demandait sa naturalisation avait donc, au regard de la loi française, une cause illicite. On objecte à ce fondement (12) qu'il n'est valable que pour les actes juridiques, et non pour les actes matériels (voyage à l'étranger pour y célébrer son mariage) qui permettent très souvent de réaliser une fraude à la loi, encore qu'à la vérité, on ne voie pas pourquoi un acte matériel, tout comme un acte juridique, ne pourrait trouver sa cause dans le résultat qu'il permet d'obtenir, et que recherche l'auteur de l'acte. L'objection soulève un problème considérable, qui dépasse les limites de cette étude. Elle se fonde sur la conception générale que la doctrine actuelle se fait encore de l'ordre juridique et qui consiste à en exclure tous les actes matériels. Mais quand on songe à l'importance des effets juridiques qui s'attachent à de simples actes matériels (tout le domaine de la responsabilité par exemple), et d'autre part, en ce qui concerne directement notre problème, à la similitude entre la naturalisation acquise à l'étranger et le voyage à l'étranger en vue de s'y marier, on peut penser que cette conception évoluera (13). Quoi qu'il en soit, pour apercevoir l'indépendance des deux problèmes, il nous suffit ici de remarquer que dans un cas ce sur quoi porte l'examen du juge est un simple acte humain, de l'appréciation duquel dépend l'intervention de la règle de conflit, tandis que dans l'autre il s'agit d'un jugement de valeur sur un droit étranger dont la compétence a déjà été établie par le fonctionnement de la même règle de conflit.

De l'examen des arguments avancés par Raape et par Martin à l'appui de leurs deux propositions, il ne reste donc rien qui puisse nous permettre de progresser dans l'analyse du mécanisme de l'ordre public. Est-ce à dire que les circonstances concrètes de l'espèce n'aient aucun rôle à jouer dans l'intervention de cette notion ? C'est ce qu'il faut maintenant rechercher.

§ 2. — Rôle exact des circonstances concrètes de l'espèce dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public.

139. — Un regard sur la doctrine française dominante laisse perplexe. Tandis que les auteurs d'outre-Rhin consacrent de très

(12) MAURY, *op. cit.* et *loc. cit.*

(13) Voir particulièrement EISENMANN, *Cours doctorat*, 1954-55, 1955-56, 1956-57. Cf. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Paris, 1957, pp. 270 et suiv. et pp. 333 et suiv. Adde DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Thèse Paris, 1927, et VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, Paris 1938.

grands développements à ce qu'ils considèrent comme une condition d'intervention de l'ordre public, leurs collègues français, en général, gardent sur cette question un religieux silence (14). D'où vient cette différence ?

On a vu plus haut l'importance que le droit international privé allemand attache depuis Kahn au lien entre le litige et le territoire du for, et l'on sait que l'intervention de l'ordre public ne se produit en principe que sous la condition d'existence de ce lien. Le lien avec le territoire du for est considéré comme une condition supplémentaire à celle de l'incompatibilité abstraite du droit étranger et du droit du for. Mais comment l'établir, sinon par un examen minutieux des circonstances dans lesquelles se présente l'affaire. Ainsi comprend-on l'importance que les auteurs allemands attachent à cet examen. Si l'on écarte, pour les motifs sus-indiqués, cette nécessité d'un lien avec le territoire, l'examen du cas concret semble perdre le fondement qui le rendait nécessaire. Quelle utilité conserve-t-il ? On retrouvera une partie de cette question en étudiant au chapitre suivant l'articulation du droit étranger au droit du for, lorsque le premier est appliqué par le juge du second ; on se contentera de préciser ici qu'en aucun cas cette formule ne consiste à revenir sur les points qui ont été acquis par les raisonnements qui précèdent, mais qu'elle a l'avantage de préciser ce que pouvait présenter de vague la formule : considération de la loi étrangère.

140. — Raisonnons sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 novembre 1936 (15). Le problème était de savoir si l'ordre public français s'opposait à l'*exequatur* d'un jugement du tribunal de Zürich qui avait divorcé deux époux suisses en application de l'article 142 du Code civil suisse. Le tribunal civil de la Seine en avait décidé ainsi et avait refusé l'*exequatur*. On aurait pu penser que la Cour d'appel de Paris aurait censuré le jugement pour n'avoir pas fait application en l'espèce de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. En effet, selon cette doctrine, l'ordre public est « atténué » en matière d'*exequatur*, et l'exemple type de l'atténuation est précisément le cas du divorce. Or il n'en fut rien. Le tribunal avait examiné la loi suisse appliquée à l'espèce, aux termes de laquelle « chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la

(14) Voir LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, BATIFFOL, *op. cit.* ; BARTIN n'y recourt que par dépit ; M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE n'y fait qu'une allusion sans sembler y attacher une importance fondamentale.

(15) *Gaz. Pal.*, 1937.I.181, *Clunet* 1937.292.

vie commune est devenue insupportable », et il l'avait estimée contraire à l'ordre public. La Cour d'appel ne s'est pas contentée de cet examen abstrait de la loi suisse. Elle a recherché comment en fait cette loi avait été appliquée. Plus que le contenu abstrait de la loi étrangère, elle a cherché à déterminer la réaction du droit étranger à certains faits dont elle avait à connaître. Et elle a constaté que les faits qui étaient allégués, même s'ils s'inséraient dans cette disposition, trop élastique aux yeux de l'ordre public français, de la loi suisse, pouvaient en droit français justifier une action en divorce fondée sur les articles 230 et 231 du Code civil français. Ainsi la loi étrangère, en principe contraire à notre ordre public, cessait de l'être dans son application particulière (16).

On ne peut qu'approuver ces décisions. En effet, ce n'est pas parce qu'un droit étranger connaît une disposition contraire à notre ordre public que nous allons toujours l'écarter d'office. Encore faut-il que cette disposition soit appliquée dans l'espèce; franchissons un pas de plus : encore faut-il que le caractère choquant de cette disposition trouve en l'espèce son application (17).

Ceci nous permet de préciser ce qu'on entend par loi étrangère écartée au nom de l'ordre public. Ce n'est pas la norme générale, applicable à une série d'espèces. C'est la norme individualisée, concrétisée par les circonstances de l'espèce, c'est la *solution juri-*

(16) Voir encore Trib. civ. Seine, 4 avril 1951, *Revue*, 1953.586, note signée H.B., qui accorde l'exequatur à un jugement américain ayant annulé un mariage pour dol contrairement à l'ordre public français, parce qu'en l'espèce ce même mariage aurait pu être annulé en droit français en invoquant l'erreur sur la personne. Voir aussi Trib. civ. Seine, 8 janv. 1907, *Revue*, 1907.193, concl. MATTER, et 31 mars 1952, *Revue*, 1952.330, note BATIFFOL.

(17) Ceci permet une grande souplesse dans le fonctionnement de l'ordre public. Ainsi, il peut parfois sembler, pour reprendre la jolie expression de BARTIN, « que certaines dispositions de la loi du juge prennent ou dépouillent alternativement le caractère de disposition d'ordre public international, sans que leurs prescriptions elles-mêmes changent, de telle sorte que ce caractère tantôt se fixe sur elles, tantôt s'en détache, comme ferait un rayon lumineux qui les éclairerait tour à tour ». Mais ce n'est qu'une illusion d'optique. Lorsque « le rayon lumineux » ne les atteint pas, c'est tout simplement que la solution donnée au litige par le droit étranger ne les met pas en cause (voir paragraphe précédent).

Il en va tout différemment en droit anglais. Le système du précédent empêche le juge de tenir compte des circonstances concrètes du litige pour faire intervenir l'ordre public. Lorsqu'un juge a écarté une première fois une loi étrangère en tenant compte de ces circonstances concrètes, il sera désormais suivi, même si les circonstances des espèces postérieures ne justifient plus cette solution. Le premier juge a créé une règle de conflit, une clause spéciale, à laquelle on ne peut plus désormais échapper. Mais alors à ce stade, ce n'est pas seulement l'examen du cas litigieux concret qui devient inutile, mais même l'examen de la loi étrangère. Voir KAHN-FREUND, « Reflections on public policy », *loc. cit.*

dique que le droit étranger donne au problème litigieux (18). S'il se trouve que malgré l'existence d'une disposition générale choquante, la solution donnée à l'espèce par le droit étranger est conforme à l'ordre public français, il n'y a pas de raison de substituer le droit français.

141. — Cette précision n'est sans doute pas dépourvue de tout intérêt juridique, et nulle part mieux qu'ici on ne peut insister sur le rôle prééminent du juge dans le fonctionnement de l'ordre public. Si l'on parlait de la conception de la loi interne considérée comme rigoureusement obligatoire et impérative, le rôle du juge n'apparaîtrait pas comme nécessaire, puisqu'on pourrait admettre qu'il appartient au législateur de dire quelles sont ces lois auxquelles il entend donner une portée internationale absolue. Si l'on admet que l'ordre public ne peut jouer qu'après un examen de la loi étrangère considérée *in abstracto*, il devient nécessaire de laisser carte blanche au juge, pour qu'il apprécie si telle loi est ou non contraire à l'ordre public. Mais cette comparaison abstraite entre le droit étranger et le droit du for doit alors se faire sous le contrôle sévère de la Cour de cassation qui veillera à ce que telle disposition anglaise, par exemple, soit considérée de la même façon devant la Cour d'appel de Douai et devant la Cour d'appel de Rennes, au moins quant au point de vue de l'ordre public.

Ce rôle régulateur de la Cour de cassation perd une partie de son importance quand on considère que l'élément déterminant est davantage l'examen de l'application concrète de la loi étrangère au litige que celui de cette loi étrangère, considérée *in abstracto*. En effet, on est alors obligé de prendre en considération des éléments de pur fait qui échappent au contrôle de la Cour de cassation. Celle-ci pourra contrôler les affirmations selon lesquelles telle règle de droit est ou non conforme à l'ordre public du for. Il lui sera difficile de contester l'appréciation que la Cour d'appel aura faite des circonstances concrètes de l'espèce, appréciation au terme de laquelle la Cour d'appel aura finalement accueilli pour

(18) Voir également dans la jurisprudence belge, Cour d'appel de Bruxelles, 17 janv. 1938 : « Attendu que cette notion (ordre public international) est composée de certaines règles ou conceptions morales, économiques et aussi politiques, dont l'observation dans un Etat déterminé est considérée comme indispensable pour la subsistance paisible de la communauté sur le territoire, de telle sorte qu'elles s'opposent à l'application dans cet Etat, dans le domaine du droit international privé, de toute loi étrangère qui, en vertu de ce droit, peut être déclarée compétente en principe *in abstracto*, mais dont l'application en raison de son contenu concret, c'est-à-dire de la mesure qu'elle contient, semble être de nature à nuire aux règles ou conceptions sociales, et ainsi à troubler l'ordre public territorial... »

une fois l'application d'une loi étrangère pourtant considérée généralement comme contraire à l'ordre public. Dans une matière aussi souple que les causes du divorce, la chose est facile. Toute Cour d'appel peut impunément appliquer une loi étrangère plus large que la loi française, en mentionnant que les faits dont se prévaut l'étranger dans sa loi nationale constituent « une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage, et rendant intolérable le maintien du lien conjugal », et que par conséquent en l'espèce la loi étrangère ne peut pas être considérée comme contraire à l'ordre public. On évite par là tout risque de cassation. Cette appréciation des circonstances de l'espèce, qui permet de déterminer la mesure de l'application de la loi étrangère, entraîne donc comme conséquence, et c'en est peut-être un danger, une relative limitation des pouvoirs de contrôle de la Cour de cassation en matière d'ordre public international.

Cependant, en sens inverse, cet examen approfondi des circonstances de l'espèce va faciliter au juge du for la comparaison entre la loi étrangère et la loi du for, en lui permettant de mieux savoir à quelles dispositions de sa loi il doit comparer la loi étrangère.

CHAPITRE III

LA CONSIDERATION DE LA LOI DU FOR

142. — Quand le juge a examiné la loi étrangère et étudié les conditions particulières de l'espèce, il est à même de comparer la solution étrangère à la solution de la loi du for. Il peut alors prendre parti sur le terrain de l'ordre public, et dégager les points sur lesquels son propre droit ne peut transiger. Cette comparaison, qui comporte de la part du juge une prise de position personnelle sur la valeur et le fondement de sa propre législation, constitue la phase essentielle du mécanisme de l'ordre public.

143. — Cependant, avant même d'en aborder l'examen avec quelques détails, il faut justifier ce schéma si simple dont le bien-fondé peut paraître avoir été récemment contesté par M. René David. Ce dernier constate (1) qu'en droit français le juge analyse le droit étranger et le compare à la solution du droit français afin de déterminer sa conformité avec l'ordre public français. M. David regrette ce résultat qui conduit à une trop grande extension de la notion d'ordre public. Certes, un moyen d'échapper à cette extension démesurée du phénomène consisterait à décider que :

« C'est seulement dans le cas exceptionnel où la règle du droit étranger choquerait profondément notre sens moral que l'on peut concevoir qu'elle ne soit pas alors appliquée. » « Mais dans ce cas même, il y aurait lieu, écrit M. David, de préciser et de restreindre la notion d'ordre public : le juge français, appelé à appliquer telle

(1) *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950, p. 57.

règle de droit étranger, doit en effet se demander, non pas, comme il semble faire généralement à présent, si cette règle, considérée de façon abstraite, risque d'être préjudiciable pour les fondements de la société française (ordre public proprement dit) ou heurter le sentiment de la justice du peuple français (ordre public largement conçu). Il doit se demander s'il en est de la sorte pour cette règle, en considérant, et en considérant seulement, l'application qu'il est appelé à en faire dans les circonstances du litige. La question qui se pose, par exemple, n'est pas de savoir si l'admission du divorce pour aliénation mentale ou l'adoption d'un individu en qualité de frère choquent ou non les principes de notre organisation sociale ou notre sentiment de la justice; c'est de savoir s'il est choquant qu'un divorce soit prononcé entre Allemands pour cause d'aliénation mentale du mari ou de la femme, c'est de savoir s'il est choquant qu'un Hindou adopte une autre personne en qualité de frère. Le juge n'est pas appelé à faire œuvre de législateur; il est appelé à résoudre des problèmes particuliers; il sort de son rôle lorsqu'il considère de façon abstraite la question qui lui est soumise... Lorsqu'on connaît la structure de la société hindoue dans laquelle toute l'organisation de la famille est à peu près indépendante des liens du sang, l'on ne voit rien de choquant à cette institution de l'adoption en qualité de frère. Tout le problème est faussé si la question est envisagée dans l'abstrait par le juge, et si l'on se demande si le droit français peut ou non admettre une telle institution. Il peut parfaitement l'admettre entre Hindous et le rejeter dans d'autres cas... » (2)

La voie tracée par M. David a le grand avantage de rappeler au juge qu'il doit procéder à un examen approfondi des circonstances de l'espèce. Mais cet approfondissement même, pour souhaitable qu'il soit en théorie, constitue un effort tel qu'on ne peut le lui imposer. Comment le juge pourra-t-il déterminer à partir de quand il devient choquant que telle institution étrangère soit appliquée aux étrangers pour qui elle est conçue, sans se référer à sa propre civilisation, c'est-à-dire, en fait, à sa propre législation ? M. David le lui interdit, mais ne lui indique aucun autre critère de référence. Sans doute entrouvre-t-il la porte à une intervention discrète du

(2) Une décision de la Cour d'appel de Bruxelles doit être rapprochée de l'opinion de M. DAVID ; 3 juillet 1947, *Clunet*, 1946.49, p. 101 : « Attendu que l'ordre public belge n'est pas violé si la loi étrangère, applicable en principal, se fonde dans son appréciation *qui est réputée la mieux éclairée* sur des faits religieux pour fixer les droits de ses ressortissants. Qu'en mettant en œuvre des statuts différents pour ses nationaux, d'après leur religion, la loi polonaise n'a point fait autre chose que de les classer en vue d'appliquer le régime qu'elle estimait préférable d'après leurs situations sociales et morales ; que ce classement doit être respecté par les tribunaux belges comme l'ensemble du statut matrimonial dont il est un des éléments. »

droit naturel. Mais c'est un terrain sur lequel il est difficile de le suivre. Le droit naturel est un idéal vers lequel s'efforcent de tendre toutes les législations, mais son contenu reste toujours incertain, et aucun raisonnement juridique ne peut s'appuyer sur lui avec certitude.

Sur un plan strictement logique, l'opinion de M. David soulève un problème également très important, dont nous avons déjà fait état (3). Lorsque l'ordre public intervient, c'est après la règle de conflit, lorsque la loi du for a été écartée; la situation litigieuse est une situation que notre droit de conflit qualifie d'étrangère, puisqu'il la soumet à une loi étrangère. Fonder l'ordre public sur la loi du for revient à raisonner sur un élément qui est exclu du raisonnement. Alors ne vaut-il pas mieux décider, ainsi que le suggère M. David, que l'ordre public ne peut se fonder que sur un examen de la loi étrangère ?

Si l'on pouvait concevoir que la situation soumise au juge fût une situation de pur droit interne étranger, la suggestion de M. David pourrait être retenue, et il serait bon de demander au juge de limiter son contrôle à l'opportunité morale ou sociale de ladite loi entre des citoyens de tel Etat étranger. Mais il n'en est jamais ainsi. Les situations de droit international privé sont toujours des situations *impures* quant à leur localisation. La situation de deux musulmans qui veulent célébrer *en France* un mariage polygamique n'est pas une situation musulmane « pure » au même titre que le mariage de ces mêmes personnes dans leur pays d'origine. S'ils sont considérés comme mariés en France, par application de leur loi nationale, ils peuvent invoquer des institutions françaises faites en vue du mariage (au sens français) et qui sont rattachées en droit international privé non pas à la loi nationale mais à la loi du domicile (régime matrimonial, sécurité sociale). On comprend dans ces conditions que le contrôle qui s'exercera sur la loi nationale étrangère soit inspiré par des critères du droit français. Cette intrusion des critères français dans le contrôle de la loi étrangère n'est qu'une manifestation du caractère transactionnel du droit international privé. Quand deux Allemands demandent en France le divorce, la règle de conflit française donne compétence à la loi nationale allemande. En réalité, on aurait pu hésiter entre la loi française et la loi allemande, la situation se rattachant à l'une par la nationalité du juge saisi, et à l'autre par la nationalité des plaideurs. Mais aucune de ces deux lois n'est parfaitement

(3) Voir *supra*, Introduction, n° 2.

apte à régir la situation en question; et cette observation prend encore plus de valeur quand les rattachements sont multiples. Pour bien faire, il faudrait une sorte de droit intermédiaire qui tienne compte de tous les éléments internationaux de la situation, mais ce droit ne peut exister. Il faut nécessairement que la règle de conflit fasse un choix dont on sait d'avance qu'il ne pourra pas satisfaire tout le monde, mais qui cependant est inéluctable: si en l'espèce le choix s'est révélé mauvais, si l'un des Allemands demande le divorce pour maladie mentale de son conjoint, le juge essaiera de rattraper la compétence de la loi française qu'il avait dû abandonner. Il ne corrigera pas la loi étrangère par des principes moraux indépendants de tout nationalisme; au contraire, il redonnera à la loi du for la compétence dont la règle de conflit, acculée au choix, l'avait privée.

144. — Pour ces raisons, il apparaît indispensable que le juge se réfère aux conceptions juridiques du for pour écarter au nom de l'ordre public la loi étrangère normalement compétente. Mais il reste à préciser selon quelle méthode doit se faire cette comparaison, quel est son fondement et les conséquences que l'on en doit tirer. On le fera en deux sections, au cours desquelles on montrera que le juge du for a besoin de se référer à son propre droits en deux phases essentielles de son raisonnement (section I), puis on examinera les notions de relativité de l'ordre public dans le temps et dans l'espace (section II).

SECTION I

ÉTAPES DE LA COMPARAISON

145. — Avant même de rechercher les impératifs catégoriques de la loi du for et de déclarer que la loi étrangère est incompatible avec eux, le juge doit examiner cette loi du for afin de placer dans cette catégorie la loi étrangère telle qu'il l'a déterminée au cours des opérations préalablement décrites. C'est pourquoi il faut étudier successivement la qualification préalable au fonctionnement de l'ordre public et le fondement de l'ordre public.

§ 1. — Qualification préalable à l'ordre public.

146. — Le problème a été aperçu, posé et résolu par un très important arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 22 mars 1944 (4).

(4) *Chemins de fer portugais*, S. 1945.I.77, rapport LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, note NIBOYET. *Revue*, 1946.107, *id.*

La *Compagnie des chemins de fer portugais* avait obtenu en 1894 à Lisbonne un concordat préventif qui mettait à sa charge un certain nombre d'engagements qu'elle n'avait pu tenir par la suite. C'est dans ces conditions que, conformément aux décrets-lois portugais des 10 novembre et 31 décembre 1931, elle a réformé ses statuts, et conclu avec une assemblée générale d'obligataires délibérant à la majorité des voix une convention (un *convenio*) réduisant considérablement les droits des obligataires. L'homologation de ce *convenio* a été prononcée par le président du tribunal de commerce de Lisbonne le 28 mai 1932, et c'est de cette décision qu'il était demandé exequatur en France.

Voici comment se posait le problème de qualification : si l'on considérait que ce *convenio* était un incident de la faillite, l'opération était conforme à l'ordre public français : il est normal, en cas de faillite, que les créanciers consentent des sacrifices au débiteur insolvable, et que ces sacrifices, inéluctables, soient consentis à la majorité des voix. Mais si la compagnie n'était pas en faillite, il s'agissait ici d'une opération de sa « vie sociale » ; cette opération était contraire à l'ordre public français, celui-ci exigeant le consentement de tous les intéressés à une réduction de leurs droits, tels qu'ils résultent de situations non contestées.

La difficulté provenait de ce que le droit portugais voyait là une opération de faillite. Le juge français, chargé d'appliquer en l'espèce cette loi portugaise, était-il lié par la qualification qu'elle donnait de l'opération litigieuse ? Si de cette qualification avait dépendu la compétence d'une loi interne à laquelle la loi portugaise aurait renvoyé, il ne fait plus de doute aujourd'hui que la qualification retenue aurait été celle de la loi portugaise (5). Il ne s'agissait pas non plus de savoir quelles dispositions de la loi portugaise devaient recevoir application, question qui ressortait uniquement à la compétence de la loi portugaise. Ici, la seule conséquence de la qualification adoptée était la conformité ou la contrariété à l'ordre public français. On ne voit pas sur ce point quelle autre loi que la loi française pouvait valablement qualifier le *convenio*. C'est ce que décide nettement la Cour de cassation, approuvant l'arrêt attaqué de s'être référé, pour déterminer l'ordre public national, « au droit commun français et non à la législation des faillites, sans avoir égard à la nature juridique du *convenio* dans la législation portugaise ».

(5) Civ., 7 mars 1933, *De Marchi, Revue*, 1933.472.

147. — Ceci décidé, comment doit se faire la qualification ? Exactement comme la qualification préalable à l'application de la règle de conflit de lois, c'est-à-dire par un examen détaillé des circonstances dans lesquelles le droit étranger est appliqué, suivi d'un classement dans les catégories juridiques françaises.

« Attendu en effet que la cour d'appel constate, d'une part, qu'il n'est pas établi que la société débitrice fût en état de cessation des paiements à la date de la réalisation de ce second *convenio*, d'autre part, que ladite révision a été conclue non avec la masse des créanciers chirographaires qui avaient été admis à voter le concordat préventif, mais avec la majorité d'une assemblée groupant les seuls obligataires à l'exclusion des autres créanciers, enfin que lesdits obligataires subissent dans cette révision partielle des traitements différents ;

« Attendu que la réunion de tous les créanciers chirographaires en une masse unique en raison de leurs intérêts communs étant en droit français l'un des traits caractéristiques de l'institution de la faillite, une convention conclue dans les circonstances mentionnées avec une catégorie limitée des créanciers concordataires ne peut être qualifiée en France de solution de faillite et ne saurait dès lors atteindre en France sans le consentement des intéressés les situations établies dont notre ordre public exige le respect. »

On voit par là que prend un nouveau relief la règle prescrivant une étude détaillée des circonstances de l'espèce. On saisit aussi l'utilité de l'examen du droit français d'où dépendra en dernière analyse, le fonctionnement de l'ordre public.

Cependant, faut-il voir dans cet arrêt une décision de principe, par laquelle la Cour de cassation aurait usé du pouvoir disciplinaire qu'elle se reconnaît dans une certaine mesure vis-à-vis des juridictions inférieures, en indiquant aux juges, par une sorte de mesure d'ordre intérieur, la méthode générale qu'ils doivent suivre afin de mettre en œuvre le mécanisme de l'ordre public ? Sa portée doit-elle être au contraire réduite à une espèce dans laquelle la Cour se serait « trompée de porte » et égarée dans « des sentiers inutilement compliqués » avant de parvenir au bon résultat ? C'était l'opinion de Niboyet (note précitée) :

« Peu importait que l'on fût en présence d'une faillite, car ce n'est pas à raison de sa nature qu'une institution peut contrarier l'ordre public, mais par suite de son contenu... En effet, ce remède de l'ordre public intervient dès l'instant où les dispositions d'une législation étrangère font partie d'une communauté juridique insuffisamment équivalente à la nôtre. Ce n'est pas de façon abstraite et *a priori* qu'il convient de faire appel à l'exception d'ordre public mais de façon essentiellement concrète, en comparant les institu-

tions en présence, et, par conséquent, *a posteriori*... Pour tout dire, il n'y a vait pas de problème de qualification... »

A vrai dire, Niboyet reproche à la Cour suprême d'avoir fait ce qu'elle n'a pas fait. La Cour n'a pas comparé « de façon abstraite et *a priori* » les institutions en présence. Ce qui a été dit plus haut montre au contraire qu'elle s'est livrée à un examen très scrupuleux de toutes les circonstances du litige, de sorte que la comparaison était bien essentiellement « concrète ». Ce que Niboyet a peut-être voulu dire, c'est que la qualification se fait automatiquement par l'examen des circonstances de l'espèce, et qu'il est inutile de poser le problème. Dans ce cas, la nuance entre les deux opinions est bien faible; Niboyet estime que le *convenio* devait être écarté par l'ordre public français, qu'il soit ou non qualifié d'incident de la faillite, parce que les circonstances de ce *convenio* étaient contraires à l'ordre public; tandis que c'est parce que la Cour de cassation écarte la qualification de faillite qu'elle accueille l'exception de l'ordre public, mais cette qualification est tirée des circonstances de l'espèce. Ainsi les deux raisonnements se rejoignent, la différence étant seulement dans leur présentation. A tout prendre, la présentation de la Cour de cassation nous paraît la meilleure. En définitive, le point critique de l'ordre public est la comparaison entre des institutions de deux pays différents. Si parfois l'examen du cas concret masque cette réalité parce qu'on prouve que dans l'espèce l'institution étrangère choquante n'est pas appliquée, l'analyse n'en demeure pas moins celle-là. Or, il est bon de qualifier ces institutions d'un point de vue strictement juridique : cela facilite la comparaison et permet, comme on le verra, de mieux mettre en relief le fondement de l'ordre public.

148. — L'arrêt des *Chemins de fer portugais* est le seul, à notre connaissance, où la Cour de cassation ait posé aussi nettement le problème. Mais la méthode qu'elle y enseigne a été mise à profit de façon plus ou moins explicite par les tribunaux et par les Cours d'appel. Nous avons déjà rencontré de nombreuses décisions octroyant l'exequatur à des jugements étrangers ayant accordé des droits alimentaires à des enfants naturels en dehors des cas prévus par l'article 340 du Code civil. Un des *leit motiv* de ces décisions d'exequatur est que le fondement du jugement est délictuel, et qu'il ne s'agit pas là de la reconnaissance d'une filiation : qu'est-ce à dire, sinon que l'exequatur aurait été refusé au nom de l'ordre public si la situation tranchée avait été qualifiée « état des personnes », mais qu'il n'en est rien, puisqu'en droit français la qualification est « responsabilité délictuelle ». On peut aussi prendre l'exemple en droit commercial du pacte léonin. Si l'on admet que

la nullité du pacte léonin est d'ordre public au sens du droit international privé, et que l'on se trouve en face d'une clause douteuse soumise à un droit étranger, le juge l'annulera s'il estime que la clause se rattache à un contrat de société. Il la maintiendra s'il qualifie le contrat « louage de services ».

C'est ainsi par une qualification ou une disqualification constante que le juge du for peut arriver à mettre un peu d'ordre dans le domaine de l'ordre public. La conformité avec l'ordre public français d'une solution du droit étranger varie en effet selon son appartenance à tel domaine du droit privé. Cette observation nous paraît d'un très grand intérêt pour expliquer la décision finale du juge sur l'ordre public, une fois qu'il a analysé le droit étranger et l'a classé dans les catégories françaises (6).

§ 2. — Le fondement de l'ordre public.

149. — Lorsque toutes les conditions sont réunies, qu'est-ce qui, en dernière analyse, va pousser le juge à déclencher le mécanisme ? C'est à vrai dire la question la plus spectaculaire de l'ordre public, la seule souvent qu'un grand nombre d'ouvrages et particulièrement de thèses de doctorat consacrées au sujet s'efforcent de résoudre. Toujours posée, cette question n'a jamais été résolue, et les auteurs les plus sérieux renoncent désormais à en chercher la clef. Il y a là un de ces « impondérables » qui échappent à l'analyse du juriste. Tout ce que ce dernier peut faire, c'est de dresser le catalogue des cas d'ordre public, tâche ingrate et peu brillante qui seule permet une relative prévisibilité des réactions des tribunaux. Mais qu'il ne s'efforce pas de réfléchir sur ces cas afin de trouver une doctrine commune; ce serait peine perdue.

D'où vient cette insaisissabilité de la notion d'ordre public ? Nous en chercherons l'explication chez un auteur de droit public, domaine dans lequel les notions offrent la même « résistance » à l'interprète que l'ordre public en droit international privé. Cherchant à définir la voie de fait en droit administratif, M. Vedel a lumineusement démontré l'opposition entre ce qu'il appelle les

(6) Ajoutons que cette qualification préalable au fonctionnement de l'ordre public, dont on discute l'opportunité en droit international privé, n'a jamais été contestée en droit interne. Pour un arrêt récent, voir Cass. soc., 13 juill. 1953, D. 1954.615 : le contrat en vertu duquel une personne occupe un immeuble est qualifié de prêt et non de location ; il échappe ainsi aux dispositions d'ordre public de la loi du 1^{er} septembre 1948. (A propos de la validité d'une clause pénale stipulée pour le cas où l'occupant n'aurait pas délaissé les lieux avant une date déterminée.)

notions conceptuelles et les notions fonctionnelles (7). En raison de la lumière que ce passage projette sur notre sujet, nous demandons la permission de le citer intégralement.

150. — « Le droit administratif, plus peut-être que toute autre discipline juridique, comporte à côté de notions proprement conceptuelles des notions fonctionnelles. Les premières peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. Sans doute ne sont-elles pas immuables, mais les enrichissements ou les retranchements qu'elles peuvent subir sont imputables à l'évolution des données auxquelles on les applique, et non à leur nature même. Sans doute aussi leur mise en œuvre comporte-t-elle l'inévitable marge d'incertitudes et d'hésitations qu'implique le passage du monde des règles de droit à celui des solutions concrètes. Mais elles ont une réelle unité conceptuelle. Encore que ce ne soit pas souhaitable, on pourrait dire ce qu'elles *sont* indépendamment de ce à quoi elles *servent*. Ainsi en va-t-il par exemple de la notion de fonctionnaire, au sens du statut de la fonction publique, de celle de commune ou de département, de décision exécutoire, d'expropriation, etc...

« L'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu; le contenu ne dépend pas de l'utilisation.

« Les notions fonctionnelles au contraire sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité. Que l'on essaie donc de définir conceptuellement l'« acte de gouvernement » au sens administratif du mot. Quel caractère commun trouver entre la répartition de l'indemnité accordée par un Etat étranger à des nationaux Français, la grâce d'un condamné, le brouillage d'émissions radiophoniques andorranes ? Aucun, sinon que pour des raisons diverses qui se ramènent à la raison d'Etat, il paraît *nécessaire* de soustraire ces actes à tout examen juridictionnel. On peut bien dresser le *catalogue* des actes de gouvernement; mais on ne peut pas *définir* la catégorie des actes de gouvernement, sinon en indiquant ce à quoi elle sert, sa *fonction*. Il en est de même, semble-t-il, pour les « mesures d'ordre intérieur », pour la notion d'« établissement public ».

« On peut certes souligner les inconvénients des notions fonctionnelles, et notamment le fait qu'elles ne sont pour ainsi dire jamais achevées, que leur contenu ne peut être épuisé par une définition. Il ne faut cependant pas exagérer ces inconvénients. D'abord la jurisprudence est amenée peu à peu à dresser un catalogue des principaux cas où elles trouvent application, et ainsi la stabilité et la prévisibilité, si importantes dans la vie juridique

(7) VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », J.C.P. 1950.I.851, n° 4.

pratique, se trouvent assurées aussi bien qu'il est possible. En outre, les notions fonctionnelles sont appelées en général à disparaître en se résorbant au moins en partie dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle. Ainsi l'ancienne catégorie des « actes discrétionnaires » est tombée dans le néant, du jour où une théorie assez satisfaisante du pouvoir discrétionnaire de l'Administration a été élaborée par la jurisprudence. On s'est aperçu qu'il n'existait point à proprement parler d'actes discrétionnaires, mais que tout acte administratif comportait une part plus ou moins large, mais toujours présente, d'opportunité laissée à l'appréciation de l'Administration et une part plus ou moins large, mais toujours présente, de légalité donnant prise au contrôle du juge. Si bien que l'ancienne catégorie des actes discrétionnaires n'est plus apparue que comme un cas particulier de la théorie générale dans laquelle elle s'est intégrée : le cas où le législateur a entendu laisser à l'Administration active le plus large pouvoir d'appréciation, ce qui ne délie pas celle-ci de toute règle légale et notamment du devoir de ne se fonder que sur des motifs matériellement exacts et de poursuivre un but licite. Le résultat fut de faire disparaître les actes discrétionnaires entendus comme des actes contre lesquels le recours pour excès de pouvoir ne serait pas *recevable* tout en maintenant que dans leur examen au *fond*, le juge se trouve limité par l'interdiction de connaître de la pure opportunité.

« Mais cette disparition des notions fonctionnelles par résorption dans une théorie conceptuelle à la fois plus large, plus précise et plus complexe, ne se produit pas à volonté. Elle suppose une maturation des problèmes qui, elle-même ne dépend pas de facteurs exclusivement juridiques. Il ne servirait à rien de vouloir la hâter.

« C'est que l'utilisation des notions fonctionnelles est inséparable de tout système de droit, encore que toutes les branches du droit n'y fassent pas un appel également large. Le droit civil avec la notion de faute, celle d'abus des droits, celle de nécessité, celle de cause recourt à des catégories fonctionnelles. Encore est-il très souvent préservé de ce recours par son ancienneté, par la précision de ses règles largement codifiées, et pour tout dire par sa perfection au sens technique du mot. Le droit administratif, beaucoup plus jeune, beaucoup plus mouvant par la force des choses et par la volonté du législateur, moins achevé, y fait un plus large appel. Comment s'en étonner ?

« Si l'on veut y réfléchir, on s'apercevra que le juge administratif est obligé à la fois de créer très abondamment des règles de droit et, en même temps, conformément à notre système officiel de sources, de feindre en quelque sorte de ne rien tirer que de la loi et du règlement. Il ne peut donc pas s'abstenir d'une politique jurisprudentielle, car comment créer une règle de droit sans statuer de *lege ferenda* ? Mais il ne peut pas davantage exposer

clairement son point de vue sur ce sujet ni découvrir les inévitables évolutions de ce point de vue puisqu'il n'est censé n'avoir comme guide que la *lex lata*. Par conséquent, en certains domaines qui vérifient particulièrement ces constatations, il devra recourir à des notions très souples dont la véritable unité sera empruntée à une inspiration de caractère *politique* au sens noble du mot, c'est-à-dire à la *fonction* qui leur est assignée. »

151. — Le parallélisme apparaît saisissant entre le droit administratif et le droit international privé, entre le rôle du juge dans l'une et dans l'autre discipline, entre l'acte de gouvernement et l'ordre public. L'ordre public est le type même de la notion fonctionnelle; aucun lien véritable n'existe entre les différentes hypothèses où il fait son apparition, sinon qu'il n'est jamais possible de laisser la loi étrangère normalement compétente régir ces situations. Ceci nous permet d'affirmer que le problème de la définition de l'ordre public est un faux problème et que seule importe pour le moment la recherche de sa fonction. S'il est vrai que les notions fonctionnelles du droit administratif paraissent à M. Vedel pouvoir être absorbées un jour par des notions conceptuelles, il semble cependant plus douteux qu'il puisse en être de même en droit international privé. L'incertitude et la souplesse sont au centre de la notion d'ordre public, et le juriste peut seulement en reculer les limites sans jamais les effacer; le problème est seulement de savoir jusqu'où ces limites peuvent être actuellement repoussées.

152. — Aux origines, que nous faisons remonter à Savigny, l'incertitude était quasi absolue. Elle était masquée par la formule, dont la fortune fut grande, de « défaut de communauté juridique ». Une règle de droit étranger qui heurtait la sensibilité du for devait être écartée. Une règle du for qui paraissait être la seule expression possible de l'idéal commun aux nations christianisées et romanisées devait recevoir une application absolue et frapper toutes les situations soumises aux juges internes. Savigny (8), en se débarrassant si élégamment du problème, faisait d'ailleurs preuve d'une grande sagesse. Sentant que la question n'était pas « mûre » et se trouvait encore irréductible à des formules rationnelles, il se contentait de définir le phénomène par de larges directives, mais sans chercher à en prévoir les diverses manifestations. Mais l'une de ces directives était fausse (9), et a donné lieu à de très graves confusions commises par la doctrine personnaliste de Mancini, et qui ont retardé d'autant la progression vers une solution. Martin

(8) *Op. cit.*, p. 35.

(9) Celle qui préconisait la recherche des lois du for d'application universelle. Voir chapitre premier de ce titre.

a dissipé ces erreurs, et par la distinction entre les solutions fondées sur les lois de police et de sûreté et les solutions fondées sur l'ordre public a permis d'éliminer du débat toute une série d'hypothèses. Pour celles qui restaient, il a repris l'expression commode de communauté juridique, ne pensant pas avoir d'éléments suffisants pour progresser davantage (10). Par la suite, on a cherché à analyser cette notion de communauté juridique, sans arriver à beaucoup de résultats. Les classifications auxquelles on est arrivé sont plus descriptives que théoriques (11). On a agité un certain nombre d'idées très intéressantes, mais on n'a pas reculé les limites de l'incertitude. Était-ce cependant possible ?

153. — Nous ne prétendons nullement ici apporter une solution à un problème que nul n'a su résoudre. Nous pensons en effet qu'en l'état actuel des choses, le plus important est de dégager les strictes conditions d'application de l'ordre public afin d'en limiter au maximum l'intervention, ainsi que nous nous sommes efforcés de le faire jusqu'ici. Cependant il nous semble que ces expressions « défaut de communauté juridique », « minimum d'équivalence » peuvent et doivent être utilement précisées. Elles ont le tort, à notre avis, de laisser croire que c'est le contenu *seul* de la loi étrangère, telle qu'elle est effectivement appliquée à l'espèce, qui est déterminant dans le fonctionnement de l'ordre public. Au contraire, des décisions telles que celles que l'on a examinées au paragraphe précédent démontrent clairement que la loi étrangère est écartée, non pas en raison de son seul contenu (dans ce cas l'examen de la loi du for serait inutile) mais *en raison de son rapport avec l'institution du for qui se trouve impliquée par l'espèce*. Or le même contenu, la même loi étrangère, peut être compatible avec telle institution du for, et ne pas l'être avec telle autre.

154. — Comme l'a si utilement démontré M. Batiffol (12), le droit international privé a pour objet une coordination de systèmes juridiques. Chaque institution de droit interne n'est qu'un élément

(10) *Principes de droit international privé*, I, pp. 267-268.

(11) V. LEREBOURS-PICEONNIÈRE, *Précis*, 6^e éd., n° 270 ; BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n°s 359 et 360, FRANCESCOAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, n°s 33 et suiv., qui opposent les sources morales et les sources politiques de l'ordre public, NIBOYET qui remplace la notion de communauté juridique par celle de minimum d'équivalence, tant au point de vue de la technique qu'à celui de l'opportunité, *Traité*, T. III, n° 1022, MEZGER, étude non publiée, citée par MAURY, *op. cit.*, p. 110. À l'étranger, voir KNAPP, « La protection des faibles et l'ordre public », *Mélanges Guisan*, 1950, et PHILONENKO, *Clunet*, 1952.780, à propos de l'arrêt *Vigouroux* (Cass. belge).

(12) *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956.

d'un tout, et ne prend tout son sens que par la façon dont elle se combine avec les autres institutions du même pays. Quand le national d'un Etat A quitte son pays et s'installe à l'étranger, l'Etat B qui l'accueille estime le plus souvent qu'il serait excessif de lui imposer d'office sa propre législation, et consent, dans une certaine mesure, à lui conserver le bénéfice de certaines institutions de son droit national. Mais l'Etat B entendra aussi imposer au citoyen venant de A certaines de ses propres lois, et la situation juridique dudit citoyen sera un compromis. Des institutions d'origines diverses devront se combiner et on ne peut éviter que des incompatibilités ne se produisent. Privée de son sang, l'institution de A ne peut s'acclimater en B. C'est un peu ce qui se passerait si l'on cherchait à amalgamer différents services à thé; telle tasse, fort belle dans son service d'origine, se trouverait « jurer » terriblement avec le service dans lequel on l'aurait placée. De même, des institutions dépareillées peuvent ne pas pouvoir coexister.

De cette observation, on a déjà tiré une importante conséquence, en écartant l'intervention de l'ordre public quand l'institution étrangère A considérée était envisagée par le juge du for dans ses seuls rapports avec des institutions du même pays A ou d'un pays tiers désigné par le droit international privé de l'Etat A. C'est le problème des questions préalables que nous avons examiné au Titre I de cette étude; nous avons justifié cette solution du problème par l'idée que l'ordre public devait intervenir contre une loi étrangère seulement lorsque la loi du for était directement concernée par l'application de cette loi étrangère, c'est-à-dire chaque fois que le droit international privé du for avait désigné cette loi étrangère. C'est en effet dans ce seul cas que la question de la cohérence de la loi étrangère avec la loi du for se trouve directement posée et que la notion d'ordre public va pouvoir trouver à s'appliquer.

155. — Mais ce n'est là qu'un premier dégrossissement du problème; une limite est posée au domaine de l'ordre public, mais en deçà de cette limite l'incertitude reste entière. Pour essayer de la réduire, il faut encore faire appel à cette même idée de cohérence entre la loi étrangère et la loi du for, mais en passant cette fois du point de vue général de la loi au point de vue particulier de l'institution en cause. Pour cela, il faut évidemment savoir à quoi s'en tenir exactement sur la règle étrangère mise en jeu par l'espèce, et c'est pourquoi nous avons insisté au paragraphe précédent sur la nécessité d'une qualification préalable au fonctionnement de l'ordre public. Mais à elle seule, celle-ci ne suffit pas à résoudre le problème posé. Elle permet seulement de poser la

question de savoir si, *in abstracto*, la règle étrangère est contraire ou non à l'ordre public. Mais cette loi étrangère, contraire *in abstracto* à l'ordre public français, ne sera en fait écartée par le juge français que si les circonstances de l'espèce mettent en cause la règle française qui est incompatible avec elle, et qui constitue en somme le « révélateur » de l'incohérence. Il se peut ainsi, et l'on retrouve la formule de Bartin, que la même institution soit écartée dans un cas et reconnue dans un autre. L'exemple des expropriations soviétiques illustre cette difficulté. On a vu plus haut que les tribunaux français avaient refusé de reconnaître les expropriations réalisées sans indemnité en Russie soviétique, en accueillant les actions en revendication des anciens propriétaires dépossédés, lorsque les biens se trouvaient en France. En effet, dans ces hypothèses, le droit russe expropriant sans indemnité était inconciliable avec le droit français qui accorde au propriétaire exproprié la revendication. Mais au moins dans un autre cas la jurisprudence française a reconnu ces expropriations, car elles n'étaient nullement incompatibles avec les règles de droit français impliquées dans l'espèce. Nous faisons allusion à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 février 1933 (13) : en cette espèce la Cour a décidé que celui qui détenait des bijoux en Russie à titre de dépositaire ou de vendeur non payé, se trouvait libéré de l'obligation de restituer les bijoux ainsi confiés et qui sont restés en Russie, les pierres et métaux précieux ayant été confisqués dans ce pays dès 1919 et l'exportation de ces objets étant interdite, et *sans qu'il soit nécessaire de démontrer que ces prescriptions d'ordre général aient été suivies de mesures effectives appliquées à ce dépositaire*, l'article 1302 disposant en effet que l'obligation est éteinte lorsque le corps certain qui en fait l'objet a été mis hors de commerce, et l'article 1147 que le débiteur cesse d'être responsable lorsque l'inexécution résulte d'une cause qui ne peut lui être imputée. L'arrêt relève en outre que la législation russe à l'époque des contrats est en concordance sur ces points avec la loi française.

Loin de se voiler la face devant des faits que l'on peut regretter mais que l'on doit constater, la Cour d'appel de Paris a donc accepté de tenir compte de la loi russe dans les rapports entre le propriétaire dépossédé et le dépositaire, alors que cette même loi était considérée de façon générale. En l'espèce, l'application de cette loi cessait d'être choquante, car elle se combinait fort bien avec les dispositions de la loi française intéressées, à savoir les articles 1302

(13) *Gaz. Pal.*, 1933.I.805 ; *Gaz. Trib.*, 27 avril 1933.

et 1147 du Code civil français. Bien entendu, la même loi aurait été écartée dans les rapports entre l'ancien propriétaire et le nouveau, car elle aurait été en contact avec l'article 544 du Code civil incompatible avec lui (14).

On peut imaginer d'autres exemples. Supposons un Allemand qui a été condamné en Allemagne à verser une pension alimentaire à un enfant naturel dans des conditions telles que ce jugement ne puisse obtenir en France l'*exequatur*. Si cet Allemand est poursuivi en France pour le même motif, il faut lui permettre de demander au juge de tenir compte dans le calcul de la pension à laquelle il va le condamner de la pension qu'il est obligé d'autre part de verser au mineur allemand. Autrement dit, c'est dans les rapports entre le père et l'enfant que la loi allemande est choquante; dans les rapports entre le père et un tiers, on ne saurait dire qu'elle heurte l'ordre public. Dans cette hypothèse, le jugement de condamnation allemand se présentait en somme comme une condition préalable au calcul de l'indemnité due au mineur français. Mais tout ce qui faisait l'objet de la question principale étant soumis au droit français, si le juge français accepte de ne pas tenir compte de l'ordre public, ce n'est donc pas pour le motif que la question préalable est résolue par un droit que sa règle de conflit n'a pas désigné et sur lequel il n'a aucun pouvoir de contrôle. Cette théorie ne nous est donc ici d'aucun secours, le problème dont elle permet la solution étant déjà tranché. L'intervention ou la non-intervention de l'ordre public est ici uniquement déterminée par la nature des

(14) M. BATIFFOL, *Traité*, 2 éd., p. 569, note 38), semble estimer que dans cet arrêt la confiscation est considérée comme un simple fait, et ne porte pas atteinte au principe selon lequel on doit refuser des effets de droit à la confiscation survenue à l'étranger. C'est vrai si l'on se place uniquement sous l'angle de l'art. 1147 cité par l'arrêt, la confiscation étant alors considérée comme un cas de force majeure libérant le dépositaire de son obligation de restitution. Il faudrait d'ailleurs remarquer que de ce fait on tire des conséquences de droit qui, si elles ne sont pas en elles-mêmes choquantes, consacrent cependant une situation qui l'est.

Mais il nous semble que l'arrêt envisage cette confiscation plus en tant que mesure légale qu'en tant que simple fait. D'une part, il affirme qu'il est inutile de rechercher si elle a été appliquée à l'espèce, ce qui serait pourtant indispensable si l'on voulait établir le fait de la force majeure; par conséquent, si les autorités russes n'ont pas appliqué elles-mêmes les mesures qu'elles ont édictées, la Cour de Paris se charge, dans une certaine mesure, de le faire à leur place. D'autre part, l'arrêt fait allusion à l'art. 1302 du C. civ. français, et à la mise hors du commerce d'un corps certain; or, la mise hors du commerce n'est pas le résultat d'un fait, mais de la volonté des parties ou d'une loi. Ici, la loi russe a mis les bijoux hors du commerce; une première conséquence est que le propriétaire perd tout droit sur eux; une autre conséquence est la libération du dépositaire; quand nous acceptons cette deuxième conséquence, c'est bien la loi russe que nous appliquons.

institutions du for avec lesquelles la norme étrangère doit se combiner.

156. — Au point où nous en sommes, il apparaît donc que deux éléments sont constants dans chaque cas d'intervention de l'ordre public; d'une part, une règle étrangère considérée *in abstracto* comme contraire à l'ordre public du for, et d'autre part une présentation du litige qui soit telle qu'elle fasse apparaître l'institution du for directement contraire à la règle étrangère. La doctrine traditionnelle qui part de l'idée de communauté de droit insiste donc nécessairement sur le premier de ces éléments. Les exemples donnés ont montré l'importance qu'il fallait donner au second. La question qui se pose maintenant est de savoir si ce second élément n'est pas si essentiel qu'il doive l'emporter sur l'autre et entraîner le fonctionnement de l'ordre public même en son absence. Le fondement unique de l'ordre public serait alors *la combinaison cohérente des divers systèmes juridiques*. En ce sens, l'« incompatibilité abstraite » de la loi étrangère et de la loi du for ne serait qu'un des éléments permettant d'établir l'impossibilité de toute combinaison de ces deux lois.

157. — Jusqu'au 1^{er} janvier 1957 (15), le droit des Pays-Bas ignorait l'institution de l'adoption, et les tribunaux de ce pays refusaient toujours au nom de l'ordre public de prononcer une adoption entre étrangers. Est-ce à dire que ce procédé de création d'une filiation artificielle ait été considéré par les juges néerlandais comme contrevenant à la notion des bonnes mœurs dont ils s'estiment les gardiens ? Point du tout. Mais cherchant dans leur droit ce qui pouvait bien correspondre à ces droits étrangers, ils n'y découvriraient qu'un vide juridique. L'adoption se présentait à eux comme une technique absolument inconnue. Prêter la main à de

(15) Le caractère contraire à l'ordre public néerlandais des lois étrangères sur l'adoption se traduisait en fait de plusieurs façons : d'une part, les juges de canton ont toujours affirmé qu'il était nécessaire de nommer un tuteur à l'enfant néerlandais adopté par des étrangers ou à l'enfant étranger adopté par des Néerlandais, parce qu'on ne pouvait reconnaître l'adoption. D'autre part, le tribunal d'Amsterdam a décidé, le 28 juin 1949, (*Nederlandse Jurisprudentie*, 1950, n° 165) qu'une femme allemande adoptée par un Allemand et devenue Hollandaise par son mariage, ne pouvait être considérée comme la fille de son père adoptif allemand au sens des lois sur les successions. Il est vrai que ce même tribunal, le 7 avril 1920 (*Weekblad voor het Recht*, 10632), avait accordé une demande en complément des actes de l'état civil d'un enfant allemand, né en Allemagne et adopté là-bas selon le droit allemand, qui voulait porter le nom de famille de l'adoptant allemand. Mais on constatera que dans cette dernière espèce aucun lien n'unissait véritablement le litige au territoire néerlandais, et que par conséquent l'ordre public néerlandais ne pouvait que difficilement intervenir.

semblables opérations leur paraissait dépasser les limites que la loi néerlandaise assigne à leurs fonctions (16). Mais cet obstacle n'existait pas pour les adoptions survenues à l'étranger qui étaient reconnues comme valables aux Pays-Bas.

En France, la jurisprudence est bien établie qui applique au titre de l'urgence la loi française au lieu de la loi nationale étrangère. La Chambre civile de la Cour de cassation a rappelé le 17 mai 1928 (17) que « le mineur étranger qui se trouve en France peut et doit, en cas d'urgence, y être pourvu d'un tuteur conformément à la loi française, sous la double condition qu'il soit sans tuteur légal et que la mesure soit prise à titre provisoire, et qu'il faut assimiler au cas d'absence de protecteur légal celui où la personne chargée de cette protection par la loi personnelle du mineur se refuse à remplir son obligation, laissant ainsi en souffrance les intérêts du pupille ». En l'espèce, la liquidation d'une succession échue à des mineurs italiens était si complexe que la mère, tutrice légale selon la loi italienne, avait dû renoncer à en assumer la responsabilité. Normalement, il fallait donc faire appel à la loi italienne, voire aux autorités judiciaires ou administratives italiennes, pour obtenir la désignation d'un remplaçant. Mais comment concilier la nécessité de liquider rapidement cette succession (nombreux créanciers intéressés) avec la mise en branle, inévitablement très lente, de la loi italienne sur la protection des mineurs ? Le problème ne pouvait être résolu que si l'on tranchait le nœud gordien en appliquant, à titre provisoire, la loi française sur la protection des mineurs, c'est-à-dire en confiant au tribunal français le soin de désigner un représentant du mineur. Cette

(16) En France, la notion de technique étrangère inconnue n'est pas apparue clairement dans la jurisprudence. On peut cependant citer un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 18 décembre 1950, *Revue*, 1951.162, lequel a admis que la notion de « torts prépondérants », importante en Suisse pour la conversion de la séparation de corps en divorce, n'était pas contraire à l'ordre public français, car elle n'était pas inconnue du droit français (art. 301). Ce qui signifie, *a contrario*, que si elle avait été inconnue du droit français, l'ordre public aurait fonctionné pour l'écarter. NIBOYET soutenait que cette solution devait être généralisée et que l'ordre public devait s'opposer à l'effet, en France, de toute institution étrangère inconnue (*Rép. de dr. int.*, 1929, V° Droits acquis, n° 42, T. V, pp. 708-724), et citait comme exemple le cas d'une loi étrangère qui reconnaîtrait l'hypothèque mobilière. M. BATIFFOL (*Traité*, 2^e éd., p. 426, note 78) ne retient cette idée que dans la mesure où le fonctionnement de cette institution présente quelque difficulté. Il nous suffit ici de prendre acte de ce que ces auteurs admettent qu'éventuellement l'ordre public peut intervenir pour des raisons purement techniques, indépendantes de toute vision *a priori* de l'ordre moral ou politique.

(17) S. 1928.I.238.

jurisprudence est également appliquée aux mesures provisoires prises en cas de divorce (18).

La loi étrangère étant incompatible avec les solutions données par la loi du for aux éléments qu'elle règle de la situation litigieuse, est donc écartée au profit de celle-ci. On peut même aller plus loin. Quand une loi étrangère est compétente pour trancher une question, et que les parties n'arrivent pas à en établir la teneur, le juge français, en général, applique d'office la loi française, parce qu'il estime impossible de laisser indéterminée la solution d'une question litigieuse. Toujours dans le souci d'éviter une incohérence qui nuirait à l'ordre public français, la Cour de cassation décide que « doit être considérée comme contraire à l'ordre public français toute décision émanant d'une juridiction étrangère dont l'exécution se trouve aller à l'encontre de ce qui a été jugé par un tribunal français touchant les points relatifs à la même constatation » (19). Il est pourtant très possible que le contenu de ce jugement étranger n'ait rien qui puisse nous choquer. Son seul défaut est d'être différent du jugement qui a été rendu en France et qui a fixé les droits des parties. Il est clair qu'admettre le jugement étranger serait incohérent.

158. — Nous pensons que dans toutes ces hypothèses, que les arrêts le disent expressément ou non, la loi française est appliquée au titre de l'ordre public. Cependant une notable partie de la doctrine répugne à admettre ce fait (20). Tous ces auteurs estiment que l'ordre public ne peut s'appuyer que sur le contenu d'une loi étrangère, mais ils sont les premiers à reconnaître leur impuissance à définir ce contenu, et leur analyse de l'ordre public consiste en la présentation d'un certain mécanisme qui permet d'éliminer une loi étrangère normalement compétente, et non pas en une liste de dispositions internes considérées comme d'ordre public international. En réalité, il faut renoncer à voir dans l'ordre public international autre chose qu'un *procédé technique*, lié à cet autre procédé qu'est la règle de conflit. Cette union intime entre la règle de conflit et l'ordre public est unanimement acceptée (21). Comment admettre qu'ils soient de natures différentes, que seule la règle de conflit soit une règle indirecte, et que l'ordre public soit

(18) Voir BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n^o 352 et 468.

(19) Civ., 23 mars 1936, *Clunet*, 1937.108.

(20) BARTIN, *Principes de droit international privé*, II, § 327, p. 372 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 6^e éd., n^o 223 ; BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n^o 352. Cf. ARMINJON, *op. cit.*, n^o 106.

(21) Par le seul fait que le phénomène de l'ordre public est analysé comme une exception à la règle de conflit.

une règle de droit matériel ? Au contraire, n'est-il pas plus logique, si l'on considère l'ordre public comme constituant en quelque sorte les « antennes » de la règle de conflit, de reconnaître à tous deux la même nature, strictement technique ? Un des arguments de Lerebours-Pigeonnière est que l'application de la loi française au titre de l'urgence est seulement provisoire, à la différence de l'ordre public intervenant dans les cas les plus classiques. Mais c'est là une question des effets de l'ordre public, qui sera traitée au titre suivant. Si l'on admet que la loi du for est substituée à la loi étrangère dans la seule mesure de ce qui est nécessaire, l'application simplement provisoire de celle-ci se justifie amplement (22).

159. — Est-ce à dire cependant que la loi étrangère doit être toujours écartée dès lors que sa combinaison avec les institutions du for doit conduire à une incohérence ? Le danger de la formule est que ces incohérences sont souvent la rançon inévitable de l'existence d'un droit international privé, et que chercher à les éliminer par l'application de la loi du for risque en définitive d'éliminer tout droit international privé. M. Batiffol donne un exemple de cette imperfection congénitale du droit international privé (23).

« Un Anglais et une Anglaise se sont mariés en Angleterre où ils étaient domiciliés et où leur domicile est resté établi un certain temps après leur mariage. Ultérieurement ils ont émigré en France où ils ont acquis un domicile et où le mari décède. En vertu des règles françaises de conflits de lois, le régime matrimonial des époux est déterminé par la loi anglaise, loi de leur domicile matrimonial, mais la succession mobilière du défunt est régie par la loi française, loi de son domicile au jour de son décès. Or, les époux mariés sans contrat, ce qui est le cas, sont considérés en droit anglais comme séparés de biens; il en résulte que tous les biens du mari pendant le mariage lui appartiennent, sans que la femme puisse y rien prétendre. La loi anglaise corrige ce résultat choquant par des droits de la veuve dans la succession du mari. Mais dans l'hypothèse envisagée... la succession est régie par la loi fran-

(22) Un autre exemple montre bien la volonté de cohérence des tribunaux français quand ils font application de la notion d'ordre public. Dans une espèce soumise très récemment au tribunal civil de la Seine (26 févr. 1958, *Gaz. Pal.*, 9 mai 1958, concl. SOULEAU), un Polonais laissant à sa succession des immeubles en France et en Pologne, les avait affectés par testament à une fondation charitable. Mais une loi polonaise a transféré à l'Etat les biens des fondations. « En pareil cas, dit le jugement, la dévolution des biens situés en France devrait obéir aux règles du droit public français, et bénéficierait alors à une œuvre d'intérêt général visant des buts analogues à ceux de la fondation dissoute. »

(23) *Aspects philosophiques du droit international privé*, n° 10, p. 24.

gaise; or la loi française, principalement parce qu'elle attribue à la veuve la moitié de la communauté dans la liquidation du régime matrimonial, ne lui accorde, sauf cas pratiquement exceptionnels, aucune vocation successorale. Il en résulte que, dans le cas considéré, la veuve ne recueillera rien de la double liquidation du régime matrimonial et de la succession, alors que les deux lois anglaise et française, successivement appliquées, pourvoient l'une et l'autre à ses besoins. »

Il ne fait aucun doute que le résultat de l'application du droit international privé français conduit ici à une incohérence, et cependant il paraît difficile d'admettre ici le fonctionnement de l'ordre public; c'est que cette incohérence est due à la structure du droit international privé, obligé de faire abstraction des liens qui unissent les divers éléments d'une même législation et de les répartir entre diverses compétences. Il nous semble donc utile de préciser que le fonctionnement de l'ordre public doit être exclu dans tous les cas où l'incohérence est une simple conséquence de la structure de la règle de conflit. C'est là une concession indispensable, qui montre d'ailleurs que l'ordre public, participant de la nature de la règle de conflit, est atteint du même vice congénital que cette dernière.

160. — Mais à peine cette réserve est-elle formulée qu'il faut immédiatement en préciser la portée. Dans l'exemple de M. Batiffol, le jeu de deux règles de conflit normales conduisant à des compétences législatives différentes aboutissait à un résultat malheureux et contradictoire, mais inévitable. Mais si ce résultat malheureux est dû, non pas à la conjugaison de deux règles de conflit normales, mais de l'une d'entre elles avec cette règle de conflit exceptionnelle et anormale qu'est l'ordre public, il ne semble plus que l'exclusion de l'ordre public pour écarter ce résultat inéquitable s'impose avec la même rigueur. Un exemple fixera le problème. Une femme mariée, nationale d'un pays P, demande le divorce devant le for de l'Etat F pour adultère de son mari, lequel a conservé depuis son mariage ses maîtresses antérieures. Par hypothèse, l'Etat F est un Etat catholique, qui ignore le divorce et applique au mariage les règles du droit canonique. Il ne fait aucun doute que le juge F va écarter au nom de l'ordre public la loi P qui permet le divorce. Changeant ses batteries, la demanderesse va alors demander la nullité de son mariage pour le motif que son mari, conservant ses maîtresses en même temps qu'il se mariait, ne pouvait avoir eu au moment de son mariage le *consensus matri-*

monialis au sens que le droit canon donne à cette expression (24). Le juge F connaît parfaitement cette disposition, intégrée dans son droit interne, lequel, ignorant le divorce, connaît en compensation une théorie compréhensive des nullités de mariage. Mais le droit national P de la demanderesse ne connaît pas cette cause de nullité. En elle-même, cette loi de P qui est plus restrictive que la loi de F n'est pas contraire à l'ordre public de F, et devrait par conséquent recevoir application. Déboutée de sa demande en divorce, la femme devrait l'être aussi de sa demande en nullité de mariage. Mais ce résultat est lui-même incohérent : on arrive en effet à ce fait que l'adultère envisagé par le mari au moment de son mariage, et consommé depuis, se trouve dépourvu de toute sanction. Or les droits des deux Etats P et F sont tous deux parfaitement cohérents, et sanctionnent cette conduite, le premier par la dissolution et le second par la nullité du mariage. Normalement l'un de ces deux droits aurait dû recevoir application, car le droit international privé de tout Etat donne compétence à la même loi pour régir les questions de divorce et les questions de nullité d'un mariage conclu entre personnes de même nationalité. L'incohérence n'est donc pas ici le fait de la structure des règles de conflit normales; c'est l'ordre public du for qui a rompu l'harmonie en refusant le divorce. S'il n'intervient pas à nouveau, cet ordre public qui a permis d'écarter un premier résultat indésirable conduira à en consacrer un second absolument inéquitable. Il paraît donc préférable en cet exemple que le juge ou bien écarte la loi P et applique sa propre notion des nullités de mariage, ou bien refuse de faire appel à l'ordre public contre la loi P autorisant le divorce (25).

(24) Le mariage devait en effet être annulé en vertu du texte suivant : « *Codex juris canonici*, can. 1081, § 2 : *Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat jus in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem.* »

(25) Il est remarquable de retrouver une idée identique dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 14 décembre 1955, *Revue*, 1957.68, note RIGAUX. Il s'agit d'un Espagnol ayant épousé une Belge divorcée. La loi espagnole déclare nul ce mariage dont il semble bien que l'ordre public belge imposerait la validité. Mais cette intervention de l'ordre public belge créerait à son tour une incohérence : en effet, en cas de validité du mariage, la femme belge ne pourrait demander le divorce, car le divorce d'époux de nationalités différentes est soumis par le droit international privé belge à la loi nationale du mari, c'est-à-dire à la loi espagnole qui ignore cette institution. Au contraire, le mari pourrait se dégager de ses obligations matrimoniales en faisant annuler le mariage par les tribunaux espagnols. C'est là une inégalité de traitement, contraire elle aussi, à l'ordre public belge. Aussi la Cour d'appel de Bruxelles décide-t-elle sagement de ne pas faire intervenir l'ordre public belge contre la disposition espagnole interdisant le mariage, disposition qui semble pourtant faire bon marché du principe de la liberté des cultes.

161. — Ainsi, nous pouvons écrire que *l'ordre public intervient lorsque la loi étrangère compétente ne peut se combiner de façon cohérente avec la loi du for, sauf si cette incohérence est due à la structure de la règle de conflit normale*. Certes l'incertitude n'est pas absolument éliminée du fonctionnement de l'ordre public, mais sa persistance devient moins irritante dès lors qu'on élargit le domaine de l'ordre public à tous les cas où la loi du for est appliquée au lieu de la loi étrangère, et qu'on ne rattache plus l'ordre public au strict contenu des lois étrangères (26).

SECTION II

VARIABILITÉ DE L'ORDRE PUBLIC DANS LE TEMPS ET DANS L'ESPACE

162. — La conformité de la loi étrangère à l'ordre public français doit-elle s'apprécier au moment du litige ou au moment de la naissance de la situation litigieuse ? Doit-elle s'apprécier de la même façon en tous les points du territoire ? Ce sont les deux questions qu'il faut examiner.

§ 1. — Actualité de l'ordre public.

163. — Au cas où la notion française de l'ordre public a varié entre la naissance du litige et le procès, jurisprudence et doctrine

(26) Dirait-on que cette idée de cohérence que nous essayons de mettre en œuvre ne fait qu'exprimer en d'autres termes l'idée allemande de *Binnenbeziehung*, de lien avec le territoire du for. Il est certain que les deux formules cherchent à répondre au même besoin, celui de préciser le domaine d'intervention de l'ordre public, et que les deux réponses sont cherchées dans des directions assez voisines. Mais notre formule nous paraît moins abstraite et plus adaptée que l'allemande. A ses origines, l'idée allemande était le point de départ d'une théorie qui devait définir des règles de rattachement subsidiaires parallèles aux règles de rattachement normales. Rien de tel en notre esprit. D'autre part, ce lien avec le for devait permettre de déterminer quelles étaient les lois du for dont la portée devait être élargie dans le domaine international. Nous sommes au contraire convaincu qu'il n'existe pas de lois internes d'ordre public international, mais seulement des lois étrangères contraires à l'ordre public du for. En troisième lieu, la théorie allemande, telle qu'elle est maintenant comprise nous paraît trop étroite et imprécise. Elle est trop étroite car elle suppose nécessairement une loi étrangère considérée *in abstracto* comme contraire à l'ordre public du for qui, pour être écartée, doit en outre présenter certains liens avec le for. Or, comme nous l'avons dit, la première de ces conditions n'est pas rigoureusement obligatoire pour que la loi du for soit substituée à la loi étrangère compétente. Elle est imprécise parce que cette condition supplémentaire de lien avec le territoire ne permet pas de dégager la raison profonde de l'intervention de l'ordre public, à savoir un règlement concret cohérent, qui tienne compte du caractère nécessairement systématique de l'ordre juridique auquel appartiennent les tribunaux saisis.

sont unanimes à affirmer que c'est la conception de l'ordre public au moment du procès qui doit prévaloir. C'est ce que depuis Pillet on appelle l'actualité de l'ordre public (27). La doctrine étrangère est fixée dans le même sens que la doctrine française.

De son côté, la jurisprudence est en parfait accord avec la doctrine, et fait souvent application de cette idée. La Cour de cassation (28) affirme que la définition de l'ordre public national « dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à *chaque moment en France* » et approuve la Cour d'appel d'avoir recherché si l'intervention des décrets-lois français de 1935 organisant la masse des obligataires modifiait les conditions de contrariété à l'ordre public français de la décision étrangère qui était soumise à l'*exequatur*. La Cour d'appel de Paris, le 2 janvier 1936 (29) précise que « c'est au jour où le juge statue qu'il convient d'apprécier si l'adoption dont se prévaut l'adoptée peut produire ses effets en France, et si la législation actuelle n'y met aucun obstacle ». Cette idée va trouver un nouveau champ d'application dans les années qui viennent, grâce à la nouvelle législation française sur les filiations naturelle et adultérine : l'*exequatur* des décisions allemandes en particulier sera désormais accordé de façon beaucoup plus libérale (30).

164. — On explique en général cette jurisprudence par le caractère exceptionnel de l'ordre public. Celui-ci ayant pour fonction d'éviter un trouble à l'harmonie juridique du for, il convient que ce trouble soit évité au jour même où le juge statue. A vrai dire, cette explication est faite *a posteriori*. Elle exprime la constatation d'un résultat favorable, mais ne constitue en aucune façon la justification juridique de la solution. Cette solution est-elle parfaitement conciliable avec la nature purement technique de l'exception d'ordre public ? S'il est vrai que l'ordre public est intimement lié à la règle de conflit, et participe de sa nature,

(27) PILLET, *Principes de droit international privé*, p. 398, n° 201 ; BARTIN, *Principes de droit international privé*, p. 256, § 96 ; NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, T. III, p. 534, n° 1030 et note au S. 1945.I.78 ; MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente ; l'ordre public international et la fraude à la loi*, pp. 120-123 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 6° éd., p. 294, n° 270 ; BATIFFOL, *Traité*, 2° éd., p. 415, n° 358 ; GAVALDA, *Thèse*, 1955, pp. 224 et suiv., n° 172 ; *contra* MEZGER, cité par MAURY, *op. et loc. cit.*

(28) *Chemins de fer portugais*, Civ., 22 mars 1944, D.C., 1944.145, rapport et note de LEREBOURS-PIGEONNIÈRE.

(29) *Gaz. Pal.*, 1936.I.551 ; *Revue*, 1936.459.

(30) Voir déjà Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 1957, *Henrich*, *Revue*, 1957, p. 466, note H. B. ; Paris, 22 févr. 1957, J.C.P. 1957.II.10052, note J. MAZEAUD ; Trib. civ., Strasbourg, 27 févr. 1957, *Gaz. Pal.*, 1957.II.82.

on peut dire, dans une certaine mesure que, lorsque la conception de l'ordre public change, c'est en même temps la règle de conflit, ou au moins le mécanisme de détermination de la loi compétente, qui change. Ne doit-on pas alors faire intervenir le droit transitoire de la règle de conflit, et être amené à faire application dans certaines hypothèses de la conception ancienne de l'ordre public ?

Nous ne pensons pas que cette observation soit déterminante. Non pas que nous contestions que l'ordre public ait la même nature que la règle de conflit. Sans être une règle subsidiaire de conflit qui, comme le pensait Kahn, se substituerait dans certaines hypothèses à la règle de conflit normale, l'exception d'ordre public est le complément indispensable de celle-ci, en lui permettant de s'adapter avec souplesse et cohérence à toutes les hypothèses. Par conséquent, puisque l'ordre public participe de la nature de la règle de conflit, il n'est pas absurde de concevoir qu'il soit fait application de la conception ancienne de l'ordre public dans un cas où, si la règle de conflit normale avait changé, on aurait fait application de la règle ancienne de conflit. Mais précisément, les conditions techniques d'élaboration de la notion d'ordre public rendent en général impossible l'application de la conception ancienne. En France, et partout ailleurs, le contenu de la notion d'ordre public dépend avant tout du juge, et, en dernier ressort, de la Cour suprême (31). La règle selon laquelle telle disposition étrangère est contraire à l'ordre public du for est une règle jurisprudentielle qui n'est pas à l'abri d'un revirement des mêmes tribunaux qui l'ont édictée. Or il ne fait aucun doute que, s'il existe des règles de succession des lois dans le temps, il n'existe rien de tel en matière de succession des règles coutumières ou jurisprudentielles dans le temps. La règle jurisprudentielle nouvelle, à la différence de la règle légale nouvelle est applicable à toutes les situations qui se présentent au juge postérieurement à l'évolution de jurisprudence qui l'a consacrée (32).

C'est sur cette raison que l'on doit fonder la jurisprudence de l'actualité de l'ordre public. Pour la même raison, il est probable

(31) Il est vrai que les tribunaux sont guidés dans leur appréciation de l'ordre public international par leur droit national interne, et que l'évolution de ce dernier se répercute directement sur celle de l'ordre public international. Mais cependant, c'est bien la jurisprudence qui donne à ces dispositions internes une portée internationale. Ce n'est pas le législateur qui précise que telle loi nouvelle est d'ordre public au sens du droit international privé. Il laisse le plus souvent ce soin à la jurisprudence.

(32) Voir encore GAVALDA, *op. cit.*, n^{os} 152 à 158, et précisément n^o 157 a), p. 203 et les références citées.

que la jurisprudence serait amenée à faire application de la notion ancienne de l'ordre public, si le législateur se mêlait de définir celle-ci (33). Un exemple permettra de le montrer. A l'heure actuelle, c'est la jurisprudence qui refuse de divorcer des étrangers par consentement mutuel. Si demain, elle le leur permet, elle accordera l'*exequatur* à un jugement étranger qui aura prononcé ce divorce, même avant le revirement de la jurisprudence française. Mais si le législateur venait décider que les tribunaux français ne pourront divorcer des étrangers dans de telles conditions, même si leur loi nationale le leur permettait, et que demain, par une nouvelle disposition, il levait cette interdiction, il ne fait aucun doute que, à défaut de disposition transitoire expresse, la jurisprudence ferait application des règles ordinaires de conflits de lois dans le temps et réserverait un certain domaine à la disposition ancienne interdisant aux tribunaux français de divorcer des étrangers par consentement mutuel. Elle serait ainsi amenée à faire application de la notion ancienne de l'ordre public (34). La véritable raison de l'actualité de l'ordre public est donc, pour reprendre l'expression de M. Gavalda, l'influence de la forme juridictionnelle revêtue par cette règle de conflit que constitue l'ordre public sur le régime transitoire applicable.

165. — Pour apprécier l'ordre public, il faut donc se placer au moment où le juge statue. Mais, ce point acquis, une dernière difficulté apparaît : si la notion d'ordre public a varié entre le jour où le juge du fond a statué et le jour où la Cour de cassation est appelée à se prononcer sur le pourvoi formé contre cette décision du juge du fond, la Cour de cassation devra-t-elle faire appel à la nouvelle notion de l'ordre public et casser la décision, ou rejeter le pourvoi en estimant qu'on ne peut reprocher au juge du fond de n'avoir pas fait application d'une notion de l'ordre public inconnue au jour où il statuait ? L'interprétation des principes ci-dessus exposés doit donner la solution. La Cour de cassation constate l'ordre public le jour où elle est saisie ; elle ne cherche pas depuis combien de temps il en est ainsi ; elle relève que le thermomètre de l'ordre public est à tel niveau, et, si la mesure donnée par la Cour d'appel n'est pas la même, elle en casse la décision. La solution

(33) Voir *supra*, n^{os} 110-111, les développements consacrés aux réserves spéciales de l'ordre public.

(34) Ce résultat est d'ailleurs en parfaite harmonie avec la critique que nous avons faite de l'utilisation de ces réserves spéciales qui ôtent à l'exception d'ordre public sa fluidité, indispensable tant dans le *contenu* de la notion que dans sa *mise en œuvre*.

peut paraître sévère, mais elle est logique. Si la Cour de cassation se trouvait aujourd'hui saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Colmar ayant refusé l'*exequatur* à un jugement allemand de paternité adultérine alimentaire, il est probable qu'elle casserait ledit arrêt en invoquant la conception actuelle de l'ordre public français en la matière.

§ 2. — Variabilité dans l'espace de la notion d'ordre public.

166. — Sujette aux variations dans le temps des idées maîtresses d'une civilisation, l'exception d'ordre public l'est aussi à la multiplication de ces idées dans l'espace. « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà », tel est le destin de l'ordre public. Telle loi anglaise qui heurtera la sensibilité espagnole sera appliquée sans sourciller par un juge français. Chaque Etat a sa propre conception de l'ordre public. C'est une des manifestations essentielles du caractère national de l'ordre public.

Mais à l'intérieur d'un même système juridique non unifié, on peut concevoir qu'il y ait autant de notions de l'ordre public qu'il y a de régions soumises à un droit différent. Aux Etats-Unis d'Amérique, chaque Etat a sa propre conception de l'ordre public (35). Dans l'Union française, il en est de même : il est certain que la Cour d'appel de Rabat n'a pas de l'ordre public international la même conception que la Cour d'appel de Paris (36). Tenue en raison de l'acte d'Algésiras, constaté dans le dahir sur la condition civile des étrangers, d'appliquer à chaque étranger sa loi nationale, la France ne pouvait faire prévaloir contre celle-ci sa propre conception de l'ordre public : la Cour de cassation a bien compris son rôle, se montrant bienveillante sur le terrain de l'ordre public quand elle était saisie de pourvois contre des arrêts de la Cour de Rabat (37).

(35) Voir NUSSBAUM, « Public policy and the political crisis in the conflict of laws », *Yale Law Journal*, n° 49, 1940, pp. 1027-1058 ; PAULSEN et SOVERN, « Public policy in the conflicts of laws », *Columbia Law Review*, nov. 1956, n° 7, pp. 969-1016.

(36) Voir DECROUX, *De l'application des lois nationales au Maroc*, Paris, 1955, pp. 51-99 ; DECROUX, *L'autonomie de la volonté et l'ordre public en droit conventionnel marocain*, Paris, 1952 ; MORÈRE, « Une symbiose juridique au Maroc : la condition civile des étrangers », *Gazette des Tribunaux du Maroc*, 10 oct. 1955.

(37) Cf. Req. 27 nov. 1934, *Clunet*, 1935.974 ; *Gaz. Pal.*, 1935.I.20 ; S. 1935.I.219 ; D. 1935.I.89 ; *Gaz. trib. Maroc*, 12 janv. 1935 : cet arrêt reconnaît que l'ordre public n'est pas le même au Maroc et en France, et approuve la Cour de Rabat d'avoir appliqué l'art. 150 du C. civ. suisse, interdisant pendant un an le remariage d'un époux divorcé.

Ne serait-il pas parfaitement logique de généraliser cette idée, et d'admettre que l'ordre public variera selon les diverses zones dans lesquelles un droit différent est applicable ? L'appui d'un texte international comme au Maroc ne semble nullement nécessaire pour admettre cette solution. Cependant, dans la mesure où le système juridique dont la Cour de cassation française est l'interprète suprême est encore morcelé, la jurisprudence se montre très réticente à admettre franchement cette idée de variabilité de l'ordre public dans l'espace. Elle avait pourtant deux occasions d'affirmer une solution libérale : l'Alsace-Lorraine et l'Algérie.

167. — En Alsace-Lorraine, les lois du 24 juin 1921 et du 1^{er} juin 1924 ont déclaré applicables les dispositions des articles 1708 et suivants du *B.G.B.*, qui admettent la constatation de la filiation adultérine, mais en liminant cette constatation aux effets alimentaires. La loi allemande étant donc devenue une loi française applicable en Alsace-Moselle, il est certain que les tribunaux français des autres provinces ne pouvaient lui opposer l'exception d'ordre public (38). Mais la question se posait aussi de savoir s'il fallait opposer l'exception d'ordre public lorsque ce n'était plus un Français d'Alsace-Lorraine qui invoquait, ou contre qui on invoquait, ce texte devenu loi française, mais un Allemand à qui le même texte était applicable en tant que loi nationale allemande. Était-il raisonnable d'appliquer dans un cas un texte sans lui opposer l'ordre public sous prétexte qu'il était francisé par une disposition spéciale, et d'écarter dans un autre cas au nom de l'ordre public un texte matériellement identique parce qu'il s'agissait d'une loi étrangère ? La question a été discutée (39). Après quelques hésitations, la jurisprudence s'est fixée en ce sens que l'ordre public en cette matière de filiation naturelle n'était exclu que dans les conflits interprovinciaux, mais conservait toute sa valeur dans les conflits internationaux (40). Il semble que ça avait été trop demander à la jurisprudence que de modifier complètement sa conception de l'ordre public en matière de filiation naturelle, pour la simple raison que le législateur avait fait sur ce point une exception en Alsace-Moselle. Si exceptionnellement, la Cour de Rennes, par exemple, devait faire application à un mineur

(38) Cass., 2 mars 1926, S. 1926.I.369, note NIBOYET ; 28 juin 1937, *Revue*, 1938.486, note H. B. ; Rabat, 9 mai 1950, *Revue*, 1951, p. 293, note MOTULSKY ; J.C.P. 1951.II.6217, note DELAUME.

(39) Voir notamment NIBOYET, note sous Seine, 23 févr. 1932 au S. 1933.II.145 *in fine* ; DELAUME, note précitée.

(40) Civ., 26 mars 1935, S. 1936.I.89, note NIBOYET ; 28 juin 1937, *Revue*, 1938.486, note H. B., *Gaz. Pal.*, 1937.II.494.

alsacien des dispositions favorables du Code civil allemand baptisé français en l'occurrence, on comprend que la fréquence de ces hypothèses n'ait pas été suffisante pour lui faire adopter la même attitude en face d'un mineur allemand. Mais d'un autre côté, il paraissait choquant que la Cour de Colmar ait deux mesures d'ordre public, une pour les Alsaciens et l'autre pour les Allemands, alors que les uns et les autres invoquaient le même texte. Le *B.G.B.* représentait en Alsace le droit commun de la filiation naturelle, à la différence du reste de la France. L'ordre juridique alsacien était donc différent de l'ordre juridique des autres provinces françaises. Intégrer dans l'ordre juridique de ces dernières les dispositions locales alsaciennes était arriver à une incohérence certaine, à un résultat contraire à l'ordre public, mais ce résultat étant commandé par le législateur, on ne pouvait y échapper. Au contraire, intégrer dans l'ordre juridique alsacien les dispositions allemandes relatives à la filiation naturelle n'était nullement contraire à l'ordre public alsacien. N'était-il donc pas possible d'admettre que l'ordre public n'était pas le même en Bretagne et en Alsace ? L'argument tiré du rôle unificateur de la Cour de cassation à qui sont soumises toutes les Cours d'appel françaises ne porte pas, car ce rôle est limité à l'ordre juridique dans lequel se situe la juridiction dont la décision est frappée de pourvoi (voir la façon dont la Cour suprême apprécie son rôle vis-à-vis des arrêts rendus par la Cour de Rabat).

168. — Cette idée d'une variabilité de l'ordre public à l'intérieur d'un territoire soumis à la même souveraineté a été clairement aperçue, quoique dans un domaine un peu différent, par M. Guiho (41). Il s'agit cette fois de la comparaison entre l'ordre public algérien et l'ordre public métropolitain.

L'article 3, paragraphe 1 de la loi du 20 septembre 1947 portant statut de l'Algérie dispose que « tous les citoyens qui n'ont pas expressément renoncé à leur statut personnel continuent à être régis par leur droit et par leurs coutumes ». Chacun sait que parmi ces coutumes figurent la polygamie et la répudiation unilatérale. La question posée au tribunal de la Seine était de savoir si cette disposition était limitée aux indigènes vivant en Algérie, réserve faite des droits acquis en ce pays par ceux qui vivaient en France, ou si elle suivait ces indigènes, même résidant en France métropolitaine. Dans la deuxième hypothèse, il fallait encore rechercher

(41) Note au J.C.P. 1956.II.9318, sous un jugement du tribunal civil de la Seine du 26 mars 1956.

si l'ordre public métropolitain devait s'opposer à ces dispositions coutumières musulmanes. Le tribunal de la Seine ayant choisi la seconde hypothèse a estimé que la notion d'ordre public ne pouvait être opposée aux dispositions régulièrement édictées par le législateur français, même si celles-ci sont contraires au Préambule de la Constitution et aux principes fondamentaux de notre droit. Le jugement a été critiqué à juste titre par M. Guiho sur les deux points qu'il tranche. Mais seule la deuxième nous intéresse ici.

Cet auteur estime que l'ordre public peut avoir un contenu différent en Algérie et en métropole :

« Lorsqu'on dit que les dispositions des statuts personnels, du seul fait qu'elles sont reconnues par la loi, ne peuvent être contraires à l'ordre public, c'est exact seulement en ce sens qu'elles ne peuvent être contraires à l'ordre public territorial algérien. Par contre, il est parfaitement concevable que certaines dispositions de ces statuts soient contraires à l'ordre public territorial métropolitain; le législateur, en effet, n'a pas élaboré lui-même ces statuts; il s'est borné à en confirmer l'autorité, et cela à l'intention d'un territoire autre que celui de la métropole. C'est d'ailleurs un fait que ces statuts personnels contiennent des règles dont la jurisprudence écarte l'application en France lorsqu'elles émanent de lois étrangères. »

M. Guiho a donc le sentiment que l'ordre public varie à l'intérieur d'un territoire soumis à la même souveraineté, et ceci, dans le cadre du conflit colonial. En ce domaine, le tribunal a préféré adopter la même attitude que la jurisprudence française en ce qui concernait les lois locales maintenues en Alsace après 1918 (42). Mais qu'aurait-il décidé s'il s'était agi d'un naturel d'un autre peuple arabe ? Aurait-il écarté les dispositions de sa coutume nationale, qui n'ont pas été confirmées par la loi française, ou les aurait-il accueillies en raison de leur similitude avec les coutumes algériennes ? Il semble que cette question de droit international privé doive être résolue à l'aide de l'explication proposée par M. Guiho pour le conflit intercolonial : en Algérie même, il ne saurait être question d'écarter au nom de l'ordre public des dispositions étrangères analogues aux coutumes locales. Mais en France, on ne voit

(42) En sens inverse, voyez tribunal correct. de Brest, 18 oct. 1949, S. 1950.II.74 : « Attendu que si le statut personnel des Algériens musulmans est entièrement applicable en Algérie, il n'en va pas de même sur le territoire métropolitain où certaines de ces règles doivent être écartées pour des motifs d'ordre public. Qu'il en est ainsi notamment de la polygamie, autorisée par le Coran, mais prohibée par la loi française. » Cette solution semble nettement préférable.

pas que ces coutumes puissent être appliquées sans contrevenir gravement à ce qu'il est convenu d'appeler l'ordre public français (43).

169. — La technique de l'ordre public prend ainsi sa figure véritable. Souple et multiforme, sa mise en œuvre dépend avant tout des circonstances dans lesquelles se présentent le litige et la loi étrangère à appliquer, du moment et du lieu où elle est invoquée. Afin de la comprendre mieux, il faut encore en étudier les effets.

(43) Voir SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, 1927 ; LAMPUE, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *Revue*, 1954.249.

TITRE TROISIEME

Les effets de l'ordre public

170. — La fonction de l'ordre public est d'écarter l'application d'une loi étrangère normalement compétente. Mais par quoi, et jusqu'où, remplacer cette loi étrangère ? D'autre part, cette solution de rechange adoptée par le juge d'un Etat sera-t-elle acceptée dans les autres Etats ? Ce sont là deux ordres de questions très différents, qui justifient la division de ce titre en deux chapitres : Les effets de l'ordre public national (I), Les effets de l'ordre public étranger (II). On verra d'ailleurs que les réponses à ces diverses questions dépendent étroitement de l'analyse que l'on a faite de la nature et du fondement de l'ordre public.

CHAPITRE PREMIER

LES EFFETS DE L'ORDRE PUBLIC NATIONAL

171. — Une vue réaliste de la question devrait simplement conduire à se demander jusqu'où la loi du for doit remplacer la loi étrangère écartée au nom de l'ordre public. Mais la doctrine allemande remet en cause ce schéma si simple en posant le principe que ce n'est pas la loi du for qui doit se substituer à la loi étrangère normalement compétente, mais une autre disposition de cette loi étrangère elle-même. Cette objection rend donc nécessaire la division du chapitre en deux sections : La loi substituée (I), L'étendue de la substitution (II) (1).

SECTION I

LA LOI SUBSTITUÉE

172. — La recherche de la loi substituée suppose résolue la question de la nature du jugement rendu sur la base de l'ordre

(1) Ce même plan a été adopté par M. MAURY dans son étude précitée : *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, pp. 143-149.

public. Est-ce un jugement sur le fond ? Est-ce une simple décision sur la procédure (2).

Les tribunaux anglo-saxons classent l'ordre public dans la procédure (2). Quand ils rejettent une action au nom de l'ordre public, c'est qu'ils estiment manquer de « *jurisdiction* ». Au lieu de trancher l'affaire, ils se contentent de renvoyer le demandeur à un autre tribunal. Cette attitude entraîne plusieurs conséquences :

Comme le juge ne se prononce pas sur le fond, sa décision ne peut avoir l'autorité de la chose jugée, même dans le territoire où siège le tribunal.

Comme l'ordre public n'est qu'un moyen de procédure, on peut conclure qu'il doit être invoqué par les parties pour être pris en considération par le juge. Ainsi pourrait s'expliquer l'arrêt précité (3) de la cour supérieure de Danemark du 22 mai 1940.

Enfin et surtout, il devient inutile, dans cette conception, de rechercher quelle disposition matérielle se substituera à la disposition étrangère évincée par l'ordre public.

Cette conception étroite de l'ordre public n'est pas celle des droits internationaux privés de France et d'Allemagne (4). Dans la tradition de ces deux pays, le jugement rendu sur la base de l'ordre public est un jugement sur le fond, qui doit apporter une solution définitive au problème posé. C'est pourquoi il est nécessaire d'envisager ici la question de la loi substituée.

173. — « En matière d'ordre public international... c'est invariablement à sa propre loi que le juge emprunte les dispositions qu'il entend faire prévaloir, à ce titre, dans la solution du litige : ces dispositions ne dépendent jamais que de la *lex fori* : c'est là le fait universel et constant (5). »

Voilà donc une solution qui, pour un esprit comme Bartin, ne se discute pas, car elle résulte de la fonction même qui est assignée à l'ordre public : assurer sur la base des règles du for un règlement cohérent de la question posée, en écartant pour cela les dispositions étrangères qui porteraient atteinte à cette cohésion.

(2) Voir PAULSEN et SOVERN, *op. cit.*, pp. 1010 et 1011 ; *Restatement judgments*, § 49, comment a, 1942 ; voir aussi NUSSBAUM, *op. cit.*, pp. 1034 et suiv., qui présente cette conception comme une particularité critiquable du droit américain. Adde les décisions citées : *Loucks v. Standard Oil Co*, 224, N.Y. 99 120 N.E. 198 (1918) ; *Mertz v. Mertz*, 271 N.Y. 466.3 N.E. (2d) 597 (1936).

(3) Voir *supra*, n° 61, en note.

(4) Voir DÖLLE, *op. cit.*, pp. 409-410, et, note 44, la délicate décision du *Reichsgericht*, R.G.Z. 29/90.

(5) BARTIN, *Principes de droit international privé*, I, § 94, p. 252.

174. — Il faut cependant reconnaître que la formule, définitive, de *Bartin* suppose nécessairement des conditions normales, à savoir l'existence d'une loi étrangère et surtout d'une loi du for matérielle, capable de remplacer au pied levé la loi étrangère, si elle est contraire à l'ordre public. Mais il n'en est pas toujours ainsi, et l'on sait qu'au Maroc, par exemple, il n'y a pas, en matière d'état des personnes, de loi du for susceptible de remplacer la loi nationale étrangère écartée au nom de l'ordre public. On peut alors se demander dans quelle direction est recherchée la norme de remplacement. L'expérience des tribunaux marocains est sur ce point précieuse; l'idée de rechercher dans la loi étrangère écartée une disposition de remplacement n'est pas apparue; les juges ont préféré inventer eux-mêmes, quand cela leur était possible, une disposition qui leur parût équitable, en faisant au besoin appel à la notion insaisissable du droit naturel, plutôt que d'aboutir à ce résultat. Le rassemblement de ces décisions a été fait par M. Paul Decroux (6). Ainsi, l'une de ces décisions proclame qu'« il serait contraire à l'ordre public que deux personnes ne puissent contracter mariage, si tout ministre du culte qu'elles professent fait défaut au lieu de célébration » (7). Il est clair que cette décision ne se réfère à aucune législation positive dans l'affirmation du principe au lieu de célébration » (7). Il est clair que cette décision ne se fonde en liquidation de la succession d'un ressortissant russe, a appliqué l'ancienne législation tsariste, favorable au droit de propriété privée, au lieu et place de la législation soviétique alors en vigueur, qui s'opposait à la dévolution des biens à des héritiers particuliers, et qui pouvait, par suite, être considérée comme heurtant l'ordre public local. Si en l'espèce, le tribunal mixte de Tanger s'est référé de façon précise à une loi étrangère, ce n'est pas par esprit de système, mais parce qu'il lui fallait trouver des règles cohérentes de liquidation des successions, et qu'il ne pouvait lui-même en imaginer qui ne fussent arbitraires; d'où cette référence, d'ailleurs arbitraire elle-même, à l'ancien droit tsariste. La seule référence qui échappe à ce reproche est la référence à la loi matérielle du for, quand elle existe. Or, c'est elle qui est précisément mise en cause par la quasi-unanimité de la doctrine allemande.

175. — La controverse s'est élevée autour d'un arrêt du *Reichsgericht* du 19 décembre 1921 (9). Cette haute juridiction avait à

(6) *L'application des lois nationales au Maroc*, n° 84, 92, 93.

(7) Trib. Casablanca, 14 mai 1928, *Rec. Penant*, 1929.II.63.

(8) Trib. mixte de Tanger, 8 nov. 1926, *ibid.*, 1928.II.21.

(9) *Revue*, 1926.278, R.G.Z. 106/82.

connaître d'une créance soumise au droit suisse, et déclarée imprescriptible par ce droit. Or il se trouve que la notion d'imprescriptibilité d'une créance est contraire à l'ordre public allemand. Le problème était donc de savoir quelle prescription était applicable à cette créance soumise au droit suisse. Voici la réponse du *Reichsgericht* :

« Après que le juge d'appel eût déclaré inapplicable en vertu de l'article 30, le texte de la loi suisse applicable en soi, il devait se poser la question de savoir si, du même coup, la compétence du droit suisse en général était exclue ou si au contraire la lacune résultant de la non-application de l'article 149 de la loi fédérale ne devait pas être comblée par le droit suisse lui-même. Ce n'est qu'après avoir constaté l'impossibilité d'appliquer le droit suisse que le juge d'appel pouvait recourir au droit allemand. Même dans ce cas, il avait l'obligation de rechercher dans le droit allemand la disposition qui correspondît le mieux à la pensée du législateur étranger. »

Les auteurs allemands et suisses défendent cette solution (10). D'une part, ils insistent sur l'inadaptation de principe de la loi du for à régir une situation que la loi de conflit du for elle-même a attribuée à la compétence d'une loi étrangère. Outre cette argumentation négative, ils s'efforcent de justifier dans certains cas le recours de principe à la loi étrangère pour combler les lacunes résultant de l'intervention de l'ordre public. Nous allons reprendre cette argumentation.

176. — Tout d'abord, dit-on, il se peut que la substitution de la loi interne du for ne soit pas toujours possible. Aussi dans ce cas faudra-t-il bien chercher à revenir à la loi étrangère. Schnitzer donne l'exemple d'un tribunal suisse qui aurait voulu écarter au nom de l'ordre public l'ancienne loi nazie faisant perdre aux juifs la nationalité allemande. Il répond que pareille exclusion est impossible car il n'existe pas dans la loi suisse de disposition de rechange, permettant de dire quels sont les nationaux allemands.

On remarquera que l'exemple est mal choisi, car il ne porte pas sur une matière rentrant dans le domaine classique du conflit de lois. En effet, en France, par exemple, aucune règle de conflit ne prescrit au juge français d'appliquer une loi étrangère sur la nationalité, et l'on sait que lorsque la jurisprudence doit déterminer

(10) Voir, parmi les auteurs déjà cités : SCHNITZER, *op. cit.*, p. 219, WOLFF, *op. cit.*, p. 70, RAAPE, *op. cit.*, p. 67 ; DÖLLE, « Der ordre public im internationalen Privatrecht », *Beiträge zum bürgerlichen Recht*, Tübingen, 1950, pp. 397-415 et spécialement pp. 408-409. Adde KNAPP et VALLINDAS, ouvrages précités. Cf. WENGLER, « Les principes généraux du droit international privé », *Revue*, 1952, p. 601.

la nationalité d'un étranger, elle se réfère davantage au principe de l'effectivité qu'à la loi de l'Etat auquel il est question de rattacher le plaideur (11). D'autre part, sur un plan pratique, on fait souvent remarquer que la substitution de la *lex fori* ne correspond pas à la réalité du litige. On peut raisonner sur un arrêt du *Kammergericht* (12). Un ressortissant russe était mort à Moscou, après les fameux décrets-lois soviétiques du 27 avril 1918, supprimant le droit de succession. Certains des biens qu'il laissait se trouvaient en Allemagne, et la question se posait de la loi applicable à leur liquidation. Le *Kammergericht* a appliqué la loi allemande, sans préciser nettement s'il l'appliquait à titre de *lex fori* ou à titre de *lex situs rei*. L'annotateur de l'arrêt a cherché laquelle de ces deux lois devait l'emporter. Il reconnaît que normalement la loi compétente est la loi soviétique, que celle-ci est contraire à l'ordre public allemand, et que par conséquent la tentation est forte d'appliquer la *lex fori*. Mais il suppose alors que la question ait été soumise au juge français : quel lien peut-il exister entre la loi française et les biens sis en Allemagne d'un *de cujus* de nationalité russe ? Aucun ; dans ces conditions, l'application de la *lex rei sitæ* lui paraît préférable, encore que cette solution ait quelque chose d'« audacieux ». Elle revient en effet, dans le cas où la *Binnenbeziehung* n'est pas constatée, à substituer au rattachement normalement compétent (le statut personnel) un autre rattachement (le statut réel). Cela revient en somme à l'idée déjà analysée d'un rattachement subsidiaire au rattachement normal, mais, à la différence de ce que pensait Kahn, il ne s'agit pas ici nécessairement d'un rattachement à la loi du for (13).

177. — Ces formules répondent à une constatation qui est incontestable : la loi du for appliquée à l'espèce au nom de l'ordre public est souvent sans aucun rapport avec cette espèce. Mais elles sont beaucoup trop larges. A supposer que la loi étrangère normalement compétente soit contraire à l'ordre public, que la loi du for soit inadaptée en tant que telle à résoudre la situation, à quelle loi va-t-on s'arrêter ? L'intervention de l'ordre public est une chose très grave par son imprévisibilité qui est souvent la règle ; si à cela s'ajoute l'imprécision de la loi substituée, les inconvénients appa-

(11) Cass. civ., 13 juill. 1933, *Revue*, 1934.703, note ANCEL, *Gaz. Pal.*, 1933.II.613 ; BOULBÈS, *Droit français de la nationalité*, Paris, 1957, n° 1231.

(12) Sénat civil 5 mai 1933, *Clunet*, 1939, p. 382, note KENRAD WOLFF.

(13) Cf. MARTI, *op. cit.*, qui pense que l'effet de l'ordre public doit être parfois de substituer une règle de conflit (par exemple rattachement du statut personnel à la loi du domicile) à la règle de conflit normale (rattachement du statut personnel à la loi nationale).

raissent plus grands que ceux qui résulteraient d'une application systématique de la *lex fori*. En effet, quand on se refait un droit international privé propre à remplacer le vrai au cas de l'ordre public, trop nombreuses sont les tentations qui peuvent alors le faire dévier de sa mission objective de localiser les rapports de droit (14). Un article de Knapp (15), témoigne des imprudences auxquelles on peut se risquer en ce domaine. Cet auteur constate que la substitution du droit du for est à peu près toujours imprévisible pour les plaideurs, et qu'elle peut, en détruisant leurs calculs, nuire à la partie faible qui, en tant que telle, mérite une certaine protection. Aussi, dans ces cas-là, Knapp se montre-t-il favorable à la substitution d'un autre droit que le droit du for, c'est-à-dire à la substitution du droit le plus favorable à la partie faible. A la vérité, on demeure confondu par le caractère foncièrement injuste et anti-juridique d'une pareille méthode : dans ce système, le procès est jugé avant que la loi applicable ne soit déterminée. Normalement on recherche quelle est la loi compétente pour dire qui a tort et qui a raison. Ici, ce problème est tranché d'avance et commande la détermination de la loi applicable.

De ces observations il résulte que, si la solution qui consiste à substituer la *lex fori* à la loi normalement compétente n'est pas toujours excellente, celle qui consiste à l'écarter d'office est pire encore. C'est pourquoi un certain nombre d'auteurs limitent leur ambition à écarter l'application de la loi du for dans certains cas seulement. Mais, ces cas précisés, ils cherchent à justifier l'appel qu'ils font à la loi étrangère pour combler les lacunes résultant de l'exclusion de la disposition choquante.

178. — Ces auteurs utilisent une distinction qui a fait fortune, bien à contretemps comme on le verra, entre l'effet négatif et l'effet positif de l'ordre public (16). Dans certains cas, l'ordre public produit un effet simplement négatif : il se contente d'écarter l'application de telle institution prévue par la loi étrangère compétente, par exemple le divorce par consentement mutuel. Alors, aucun problème ne se pose, la loi étrangère est écartée, et cela suffit. Dans d'autres cas, ce n'est pas tout d'avoir écarté la loi étrangère, il faut encore la remplacer par autre chose ; on dit alors que l'ordre public produit un effet positif : l'ancienne législation anglaise qui

(14) Nous renvoyons ici à ce qui a été dit à la Section II du chapitre Premier du Titre Premier.

(15) Voir *supra*, n° 61.

(16) SCHNITZER, *op. cit.*, p. 219 ; RAAPE, *op. cit.*, p. 63 ; DÖLLE, *op. cit.*, p. 403.

interdisait la légitimation des enfants naturels par mariage subséquent de leurs parents était contraire à notre ordre public qui exige que les enfants naturels soient légitimés par le mariage de leurs parents. Mais, pour justifier cette solution, il faut faire intervenir une disposition légale matérielle; où la prendra-t-on ? Voici encore la législation libanaise qui décide qu'en l'absence de dispositions testamentaires, seuls sont qualifiés pour décider du lieu de sépulture du défunt les héritiers consanguins à l'exclusion de la veuve; cette disposition est contraire à l'ordre public français (17). Mais il ne suffit pas de l'écarter pour résoudre le litige, il faut encore rechercher une norme matérielle qui dise quelles sont les personnes aptes à faire ce choix. Où la prendra-t-on ? (18)

Les auteurs allemands répondent qu'il faut alors suivre les conseils du *Reichsgericht*, c'est-à-dire interroger la loi étrangère et rechercher si elle ne contient pas une disposition autre que celle qui a été écartée, et qui satisferait la conception du for de l'ordre public. Cela est préférable, disent-ils, à l'application pure et simple de la loi du for, car l'ordre public est une exception et il convient de ne pas l'élargir (19). Cette solution s'appuie d'une part sur les inconvénients pratiques qui résultent de la substitution automatique de la *lex fori*, et qui ont été déjà analysés (le hasard de la compétence judiciaire entre dans la solution du procès), et d'autre part sur un argument de fond auquel les Allemands attachent beaucoup d'importance, et qui peut être présenté de la façon suivante : L'ordre public tend à éliminer une disposition du droit étranger, et non le droit étranger considéré dans son ensemble. Substituer la *lex fori* à la disposition étrangère serait adopter ce second point de vue, faire violence à la règle de conflit du for qui avait désigné la loi étrangère, et dépasser les exigences de l'ordre public qui se limitent à écarter une disposition étrangère. Le seul moyen de sortir de cette difficulté, et de proportionner les effets aux causes, est de chercher la norme de remplacement dans le droit étranger. On

(17) Cass. civ., 1^{re}, 12 févr. 1957, J.C.P. 1957.II.9882, *Revue*, 1957.297, note LOUSSOUARN.

(18) Cette distinction entre l'effet positif et l'effet négatif de l'ordre public est acceptée par BARTIN, *Principes du droit international privé*, I, p. 243, sur le plan descriptif; mais il refuse d'en faire la base d'une théorie plus ample (*ibid.*, p. 265).

(19) Cette observation est une réponse à l'argumentation donnée par les auteurs italiens. Voir notamment ACO, *Règles générales des conflits de lois*, pp. 455-456, selon laquelle tout litige est, par principe, soumis à la loi du for, sauf dans les cas exceptionnels où la règle de conflit en décide autrement. Mais quand cette règle est écartée, on retombe dans la norme, à savoir l'application de la loi du for. Nous ne prenons pas cet argument à notre compte.

manifeste par là la confiance que l'on continue d'accorder au droit étranger désigné par la règle de conflit, et on sauvegarde l'ordre public du for en écartant la disposition choquante. Bien entendu, ce schéma ne vaut que lorsqu'il est possible de trouver dans le droit étranger une disposition accessoire capable de remplacer la disposition écartée, sans choquer l'ordre public du for. Dans la négative, force est bien de revenir à la loi du for.

179. — Cette théorie allemande est critiquée par la quasi totalité de la doctrine française et de la doctrine italienne. Cette critique doit être dirigée, tant contre les résultats pratiques que les Allemands se flattent d'obtenir avec leur système que contre chacun de leurs arguments et surtout contre la distinction de base sur laquelle ils se fondent.

180. — Les résultats pratiques obtenus par le système allemand sont loin d'être aussi merveilleux qu'on veut bien nous le dire. Supposons seulement que dans l'espèce soumise au *Reichsgericht* en 1921, vingt-cinq ans se soient écoulés avant que le créancier n'ait fait valoir son titre, imprescriptible selon la loi suisse, et que la plus longue prescription suisse ait été de vingt ans au lieu de trente en Allemagne : rechercher dans le droit suisse la norme matérielle de remplacement eût conduit en l'espèce à déclarer prescrite la créance, alors que ni le droit, suisse, ni le droit allemand, droit du for, ne désiraient un pareil résultat (20). Pourquoi néanmoins ce résultat se produit-il ? C'est que la loi suisse qu'on prétend appliquer n'est en rien la loi suisse, mais un succédané de celle-ci (*Ersatznorm*), appliqué à contretemps à une hypothèse pour laquelle une autre solution était prévue. Comme l'écrit M. Batiffol, la solution retenue par le *Reichsgericht* est une solution bâtarde. Certes, le fait que la loi étrangère soit appliquée en dehors du domaine qu'elle s'assigne n'est pas en lui-même suffisant pour écarter la solution (21). En effet, il arrive assez fréquemment, notamment en matière de renvoi, lorsqu'une succession de renvois conduit à un cercle vicieux et que l'on est obligé de s'en tenir à la loi primitivement désignée par la règle de conflit du for, que la loi étrangère soit appliquée sans dommage en dehors du domaine qu'elle s'assigne. Mais ici cette « extrapolation » de la loi étrangère est beaucoup plus grave : dans le cas du renvoi, la loi étrangère se déclare incompétente, uniquement en raison de la localisation de la situation litigieuse, qui conduit à la compétence d'une autre

(20) Cette observation a été faite par M. MEZGER, cité par MAURY, *op. cit.*, p. 145.

(21) Voir BATIFFOL, *op. cit.*, p. 422, note 70.

loi. Mais cette localisation est une circonstance purement contingente : aussi, en matière de renvoi, rien ne s'oppose-t-il, sur le plan strictement rationnel, à la compétence de la loi primitivement désignée; ce n'est pas la forcer beaucoup que de l'appliquer à l'espèce. Au contraire, en la matière de l'ordre public, c'est pour des raisons de droit matériel interne, donc pour des raisons d'ordre rationnel, que la loi étrangère se déclare incompétente. L'appliquer revient à lui faire dire le contraire de ce qu'elle dit. C'est pourquoi il faut approuver la doctrine française dans sa condamnation du résultat obtenu par la doctrine allemande (22).

181. — Pris en particulier, les arguments allemands sont d'ailleurs loin d'être tous convaincants. La considération que l'ordre public réagit contre une disposition étrangère et non contre le droit étranger est insuffisante à justifier l'appel au droit interne étranger pour combler les lacunes résultant de l'intervention de l'ordre public. Elle peut expliquer le degré de l'éviction de la loi compétente, mais ne permet en aucun cas de dire quelle est la loi qui doit être substituée. De la même façon, comment peut-on dire que la règle de conflit est mieux satisfaite par l'appel au droit étranger que par le recours à la *lex fori* ? (23) C'est là une façon d'exprimer

(22) Peut-être existe-t-il une hypothèse dans laquelle la loi substituée est une loi étrangère et non la loi du for : c'est encore le renvoi qui nous la fournit. Supposons une loi C, à laquelle renvoie la loi B, elle-même désignée par la règle de conflit du for. Si la loi C est contraire à l'ordre public du for, devra-t-on revenir à la loi interne du for A, ou à la loi primitivement désignée B, laquelle est, par hypothèse, conforme à l'ordre public du for ? En faveur de cette dernière solution, on peut faire valoir que le renvoi est un expédient que nous acceptons par esprit de transaction, mais que, au fond, nous y sommes hostiles, et préférons le système de la désignation directe par notre règle de conflit de la loi étrangère compétente. Alors, le renvoi conduisant en l'espèce à un résultat mauvais, mieux vaut ne pas le faire jouer, et s'en tenir à la loi B. On respectera de cette façon notre règle de conflit.

Mais cette solution, à supposer qu'elle soit bien fondée, ne constitue en aucun cas un argument en faveur de la thèse allemande, car elle repose sur des principes absolument différents de ceux qui régissent la matière de l'ordre public. D'autre part, est-elle réellement fondée ? N'est-il pas artificiel de décomposer en deux phases le mécanisme de désignation de la loi compétente ? Il semble plutôt que, lorsque ce mécanisme a joué et que la règle à appliquer est déterminée, on doive oublier le premier et rechercher si la seconde est conforme à l'ordre public du for. Dans la négative, il n'est pas opportun de scinder à nouveau en deux temps le mécanisme de désignation. Revenir directement à la loi du for paraît plus raisonnable. Le renvoi ne doit être écarté que dans le cas où il est *techniquement* irréalisable, c'est-à-dire lorsque la loi tierce renvoie à la loi primitivement désignée par la règle de conflit du for. Des considérations liées au fond du droit, si elles peuvent faire échec à la désignation de la loi compétente, ne doivent pas faire opérer un tri entre les différents mécanismes techniques qui conduisent à cette désignation.

(23) Cf. DÖLLE qui répond ainsi à l'argument présenté par M. BATTIFOL, selon lequel la loi suisse était complètement dénaturée avant d'être appliquée.

le résultat obtenu; ce n'est nullement un argument qui justifie la solution.

182. — Enfin, toute la construction repose sur une base extrêmement fragile : la distinction entre l'effet positif et l'effet négatif de l'ordre public. Depuis longtemps, on a fait remarquer (24) son caractère plus apparent que réel. Quand on écarte une loi étrangère autorisant le divorce par consentement mutuel, on applique sans en avoir l'air la loi du for qui ignore ce mode de dissolution du lien matrimonial. L'ordre public produit donc ici un effet positif, au même titre que lorsqu'on applique la loi du for par suite de l'élimination d'une loi étrangère prohibitive (légitimation des enfants naturels autrefois en Angleterre). On ne peut jamais dire, par conséquent, que dans certains cas la loi étrangère est écartée sans qu'on applique une disposition de la *lex fori*; car on applique toujours au moins une disposition prohibitive de celle-ci. Les Allemands qui admettent ce fait doivent donc reconnaître que c'est seulement dans un nombre de cas relativement restreint que la loi substituée sera la loi étrangère elle-même. Cette remarque amoindrit singulièrement la portée de toute la doctrine.

183. — Il est d'ailleurs curieux de constater le rôle que joue actuellement en Allemagne la distinction entre l'effet positif et l'effet négatif de l'ordre public, quand on connaît les origines de cette distinction et l'évolution récente du droit allemand en ce qui concerne le problème de l'ordre public. Cette distinction avait un sens tout particulier au temps des théories personnalistes, où l'on croyait encore pouvoir définir *a priori* les lois du for d'ordre public international et les autres; on avait alors eu l'idée d'opposer les lois prohibitives aux lois permissives, c'est-à-dire les lois négatives, qui interdisaient une institution (interdiction du divorce, de la recherche de paternité naturelle), et les lois qui autorisaient ces mêmes institutions. Et l'on affirmait que seules les lois prohibitives pouvaient être d'ordre public international; autrement dit, l'ordre public produisait toujours un effet négatif, et jamais un effet positif, entendu en ce sens que l'ordre public ne s'attachait jamais à une loi permissive du for. Cette vision du droit international privé a été vite abandonnée (25) et la distinction entre l'effet positif et

(24) Voir J. DONNEDIEU DE VABRES, *Thèse*, pp. 577 et 670 ; LÉVY-ULLMANN, *Cours à la Faculté de Paris*, 1938-39, p. 189 ; ACO, *op. cit.*, *Rec. des Cours*, 1936, IV, p. 456 ; BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., p. 422, n^o 365.

(25) Voir une réfutation dans JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours à la Faculté de droit de Paris*, 1939-40, pp. 616 et suiv., *Adde* ARMINJON, *Précis de droit international privé*, T. I, 1947, n^o 119.

l'effet négatif aurait dû mourir avec elle. Les Allemands ont essayé de la ressusciter en lui donnant l'intérêt qu'on a vu. Mais cette greffe d'un élément étranger à la doctrine allemande conduit à des résultats qui sont en opposition avec l'esprit de cette doctrine.

La théorie allemande de l'ordre public trouve depuis quarante-vingts ans sa source d'inspiration dans l'œuvre de Kahn. Celle-ci est toute entière axée sur l'idée de rattachement subsidiaire du litige à la loi du for. Cela signifie, on l'a vu, que la règle de conflit ordinaire fait place, dans certains cas, à une règle de conflit subsidiaire qui relie le litige au territoire du for, et, par suite, à sa loi. Il est certain que si l'on avait demandé à Kahn quelle loi devait remplacer la loi étrangère évincée, il n'eût pas hésité pour répondre que c'était la loi du for. Depuis, tous les auteurs insistent sur l'importance de la *Binnenbeziehung*. Certains disent même que l'ordre public ne peut intervenir sans elle. Mais pourquoi exiger un lien du litige avec le territoire du for pour faire intervenir l'ordre public si l'on doit rechercher ailleurs que dans le droit du for la disposition qui remplacera la norme étrangère écartée ?

Si l'on fait remonter cette rétrospective avant Kahn, le phénomène est encore plus frappant : alors régnait ce qu'on appelait la théorie des normes rigides (*Prohibitivgesetze*) qui étaient des lois allemandes considérées comme d'application universelle absolue. On était alors loin de l'idée qui consiste à faire appel au droit étranger pour combler les lacunes.

184. — L'évolution historique qui, en Allemagne, aurait dû conduire au triomphe du principe de la substitution de la *lex fori* est au moins aussi nette en France. Aux origines, l'ordre public se confondait avec la notion de loi de police et de sûreté (26). Dans les deux cas, il s'agissait nécessairement d'une application de la loi du for, et l'on ne concevait pas alors qu'on pût appliquer une loi de police étrangère. Puis, les deux notions de lois de police et d'ordre public se sont séparées, précisément sur l'observation qu'on pouvait éventuellement appliquer une loi de police étrangère, et que, par conséquent, à la différence de l'ordre public, le rattachement de ces dernières n'était pas toujours le for. C'est pourquoi l'on peut s'étonner qu'aujourd'hui encore, la distinction entre l'effet positif et l'effet négatif de l'ordre public, qui a tout perdu de son intérêt originaire, et qui, en France, ne peut en avoir d'autre, ait encore autant de succès dans les ouvrages de droit international privé français (27).

(26) Voir *supra*, Titre I, chapitre II.

(27) Voir NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, T. III,

En conclusion, il faut critiquer la doctrine allemande qui fait preuve d'une trop grande subtilité en cette matière, et décider que la loi substituée à la loi étrangère est toujours la loi du for. Le véritable problème relatif aux effets de l'ordre public national est la recherche de limites convenables à la substitution de la *lex fori* à la loi étrangère normalement compétente.

SECTION II

L'ÉTENDUE DE LA SUBSTITUTION

185. — Jusqu'à ces derniers temps, en France, les articles 1708 et suivants du Code civil allemand étaient déclarés contraires à l'ordre public et les demandes fondées sur ces articles étaient jugées sur la base de l'article 340 du Code civil français. Mais dans quelle mesure l'article 340 devait-il partager sa compétence avec le reste des dispositions allemandes sur la filiation naturelle qui, prises isolément, n'étaient pas contraires à l'ordre public français. Sur cette question, à la différence de ce que nous avons vu dans la section précédente, l'unanimité est réalisée dans la doctrine (28). La substitution de la loi du for (ou de toute autre loi) à la règle étrangère normalement compétente doit rester dans les limites de ce qui est nécessaire. On retrouve ici l'idée qui a déjà été présentée plus haut, selon laquelle l'ordre public est dirigé contre une disposition particulière du droit étranger, et non contre le droit étranger lui-même, considéré dans son ensemble (29).

186. — La formule est apparue tardivement (30) dans la jurisprudence française qui, pendant longtemps, a eu tendance à substituer la loi française à la totalité du litige, dès que la loi étrangère normalement compétente présentait un caractère contraire à l'ordre public français. Ainsi, dans l'arrêt déjà rencontré de la Chambre civile du 20 juin 1936 (31), la Cour suprême a approuvé une cour

n° 1043 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, voir *infra*, Section II de ce chapitre.

(28) Pour la doctrine allemande, voir DÖLLE, *op. et loc. cit.*

(29) Sur la possibilité d'un ordre public qui s'opposerait à la législation d'un Etat, considérée dans son ensemble, voir le début de la thèse de KNAPP précitée, et ce qu'il appelle le préordre public. Voyez aussi le très curieux article 31 de la loi d'introduction au Code civil allemand.

(30) Voir cependant un très vieil arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 14 janvier 1825, S. 1826.II.66 ; saisie d'une obligation soumise à la loi turque qui prévoyait des intérêts supérieurs à ceux qui étaient autorisés par la loi française (12 % au lieu de 5 %), la Cour d'Aix se contente de modifier le taux de l'intérêt et maintient la compétence du droit étranger sur les autres points.

(31) D.H. 1936.474.

d'appel qui, saisie d'une action en recherche de paternité naturelle sur la base du Code civil allemand, avait écarté la loi allemande au nom de l'ordre public et lui avait substitué la loi française, tant sur la question de l'admissibilité des moyens de preuve, que sur la question des effets (pension alimentaire) de la filiation ainsi reconnue. La formule actuelle a d'abord été donnée en France par un jugement du tribunal de la Seine du 5 juillet 1939 (32) : « S'agissant d'un litige sur un contrat passé à l'étranger entre ressortissants allemands, le tribunal français, saisi régulièrement en raison du domicile des parties, ne peut faire application de la loi française que dans la limite où l'ordre public exige cette application. » La Cour de cassation a franchi réellement le pas dans l'arrêt de sa Chambre civile du 8 novembre 1943 (33). Désormais le rôle de l'ordre public est limité en matière de filiation naturelle à la preuve et ne s'étend plus aux effets (34). Désormais, la solution est bien établie (35).

187. — Cette position très ferme de la jurisprudence française permet de montrer que l'opposition entre la théorie allemande et la théorie française concernant les effets de l'ordre public et la loi substituée est très limitée. Prenons l'exemple d'un Etat qui a déclaré mort civil l'un de ses ressortissants. L'ordre public français, comme l'ordre public allemand, est heurté par cette institution. Les tribunaux de ces deux pays vont donc réputer capable l'individu en question. Mais cette capacité sera-t-elle appréciée selon le droit étranger, ou selon la *lex fori* ? Si l'on raisonne à l'allemande, on dira que l'intervention de l'ordre public a provoqué une lacune et que cette lacune doit être comblée par le droit étranger. On appliquera donc la loi nationale du mort civil pour apprécier

(32) *Revue*, 1939.450.

(33) *Fayeulle, Revue*, 1946.273, note BATIFFOL, D. 1944.65, SAVATIER, J.C.P. 1944.II.2522, note P.L.P.

(34) Voici le texte de cet arrêt :

« Considérant que l'art. 340 est d'ordre public... Mais attendu que si l'ordre public français ne permet pas d'administrer la preuve d'une filiation paternelle naturelle en dehors des cas et conditions prévus par l'art. 340 du C. civ., et s'il appartenait à la Cour d'appel de constater, ainsi qu'elle l'a fait, que les circonstances alléguées par la mère et établies par l'enquête étaient de nature à satisfaire aux exigences de preuve dudit article, ces circonstances ne justifiaient pas l'application de la loi française au-delà de l'admissibilité des moyens de preuve, à la demande d'un enfant naturel dont la nationalité étrangère n'est pas contestée, de telle sorte qu'en condamnant *Fayeulle* en vertu de l'art. 340 du C. civ., substitué absolument à l'art. 1717 du C. civ. allemand, sans se préoccuper des effets différents de la filiation naturelle, et, en particulier de la réglementation différente de la dette alimentaire dans les deux législations, l'arrêt attaqué a violé l'article de loi ci-dessus visé... Casse... »

(35) Voir Cass. civ., 1^{re}, 8 déc. 1953, *Revue*, 1955.133, note MOTULSKY.

le droit commun de la capacité civile. Si l'on raisonne à la française, on dira que la loi française dispose que toute personne est capable. Mais là s'arrête la substitution de la loi française, car c'est là simplement ce qui est nécessaire. Pour le règlement détaillé de cette capacité, et pour les effets qu'elle peut produire, on s'en remettra à la loi nationale de l'intéressé. Cet exemple montre que le plus souvent la question de la loi substituée se confond avec la question du degré de l'éviction. Quand, en France, on déclare que l'éviction se limite à ce qui est rigoureusement contraire à notre ordre public, et que pour le reste, on se réfère au droit étranger, on ne fait pas autre chose que les Allemands. Il faut des hypothèses exceptionnelles comme celle soumise au *Reichsgericht* en 1921 pour que les différences s'accusent (36).

Cette parenté des solutions allemande et française apparaît encore plus nettement dans la présentation adoptée par Lerebours-Pigeonnière pour exposer la jurisprudence française. Dans sa note sous l'arrêt *Fayeulle*, il écrit exactement :

« Le vice qui entraîne la cassation de l'arrêt attaqué provient de ce que les juges du fond n'ont pas distingué nettement, comme ils auraient dû le faire, d'une part l'ordre public français qui justifie une dérogation à la loi étrangère compétente et l'intervention exceptionnelle de la loi française afin de permettre l'exercice d'une faculté, l'acquisition de droits, refusés par la loi étrangère, et, d'autre part, l'ordre public français qui impose une dérogation à la loi étrangère normalement compétente dans la mesure où celle-ci autorise l'administration d'une preuve, l'exercice d'une faculté ou d'un droit alors que nos conceptions politiques, morales ou sociales, nos intérêts vitaux dans le premier cas commandent cet exercice, cette acquisition, dans le second cas les interdisent ou les subordonnent à des conditions déterminées. »

On retrouve ici la distinction entre l'effet positif et l'effet négatif de l'ordre public, appliquée cette fois à la question du degré de l'éviction et non plus à celle de la loi substituée. Comme l'auteur l'explique dans sa note, c'est dans le cas où l'ordre public produit un effet positif, qu'il importe avant tout de limiter la substitution de la *lex fori* au strict nécessaire. Les Allemands ne disent rien d'autre. On peut même soutenir qu'en 1921 le *Reichsgericht* a d'abord appliqué la loi allemande (pas de créances imprescriptibles), que cela suffisait, et que pour le reste on pouvait s'en remettre au droit suisse : à ce stade, il n'y a plus, entre le droit

(36) Cf. MAURY, « L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand ; convergences et divergences », *Revue*, 1954.7 et suiv.

français et le droit allemand, qu'une différence de degré dans l'appréciation du caractère nécessaire de la substitution.

188. — Quoiqu'il en soit de ces divergences, il faut encore rechercher si la formule qui limite l'éviction de la loi compétente à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder l'ordre public du for est satisfaisante et ne rencontre pas certains obstacles. C'est qu'en effet, en affirmant cela, on se place dans la seule optique du droit international privé et de l'ordre public; on donne alors la réponse du bon sens. Pourquoi donc faudrait-il substituer la *lex fori* au-delà des strictes exigences de l'ordre public. Ce serait une violation purement gratuite de nos règles de conflits de lois.

Mais, comme on y a déjà insisté en étudiant le fondement de l'ordre public, l'application du droit international privé est inséparable du contenu des droits internes qu'il a pour mission de coordonner. L'ordre public est lui-même la manifestation essentielle de cette dépendance du droit international privé envers le droit interne. Très souvent il arrive que l'intégration d'une loi étrangère dans l'ordre juridique du for aboutisse à un résultat incohérent qui ne peut être évité que par une modification de la règle de conflit, c'est-à-dire par une attribution de compétence à la loi du for : c'est la fonction de l'ordre public. Mais si le fonctionnement de la règle de conflit peut entraîner certaines incohérences, le fonctionnement de cette règle de conflit exceptionnelle qu'est l'ordre public peut en faire autant. Alors dans ces cas, il faut que la substitution de la *lex fori* à la loi étrangère normalement compétente soit totale ou qu'elle ne soit pas. Sinon, on appliquera à un problème juridique un découpage de textes et de solutions absolument dépourvus de liens entre eux.

On choisira un exemple dans le projet de convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, établi lors de la huitième session de la Conférence de La Haye qui s'est tenue en octobre 1956. Ce projet pose le principe que « la loi de la résidence habituelle de l'enfant détermine si, dans quelle mesure, et à qui l'enfant peut réclamer des aliments ». (Art. 1^{er}, al. 1.) Mais pour éviter un résultat défavorable à l'enfant au cas où la loi de sa résidence habituelle serait plus stricte à son égard que la loi désignée par les règles de conflit du for, on a inséré un article 3 selon lequel « est applicable la loi désignée par les règles nationales de conflit de l'autorité saisie, au cas où la loi de la résidence habituelle de l'enfant lui refuse tout droit aux aliments ». Il faut remarquer que le texte de l'avant-projet était beaucoup plus large, et donnait compétence à la loi désignée par la règle de conflit du for « toutes les fois que celle-ci entraînerait

une solution plus avantageuse pour l'enfant ». Cela signifiait, en somme, que les solutions données par cette dernière loi constituaient, au regard de l'ordre public admis par la convention, un minimum en dessous duquel on ne devait pas descendre. Si la loi de la résidence habituelle de l'enfant était plus restrictive, elle devait être remplacée par la loi compétente en vertu des règles de conflit du for. Mais alors, le même problème se posait que nous posons ici : jusqu'où devait se faire cette substitution de lois ? Devait-on se contenter d'écarter la loi de la résidence habituelle de l'enfant dans la seule mesure de ce qui était nécessaire, c'est-à-dire dans la mesure des dispositions plus défavorables aux enfants que celles de la loi compétente en vertu des règles normales de conflit ? Devait-on au contraire substituer totalement la loi désignée par les règles de conflit du for ? A cette question, le rapporteur du projet, M. de Winter (37) répondait : « Il va de soi que le tribunal devra appliquer *en son entier* (38) la loi qui conduit, dans un cas concret, à un résultat plus favorable... il ne sera donc pas loisible au juge d'appliquer la loi de l'Etat B au délai imparti pour intenter l'action, et la loi de l'Etat A à la mesure de la prestation. »

Il arrive donc parfois que les règles de droit interne soient liées entre elles au point que les disjoindre et les appliquer séparément aboutirait à un résultat incohérent. Ceci met encore en relief le caractère systématique de toute législation.

189. — On peut comparer cette situation à celle d'un contrat entaché d'une condition illicite. On sait que la jurisprudence, annulant les différences de réglementation des articles 900 et 1172 du Code civil, décide que si la condition illicite constitue la cause impulsive et déterminante du contrat, l'âme et le support de toutes les autres dispositions, tout le contrat doit être annulé (39). Ne peut-on pas transposer cette méthode de raisonnement en droit international privé ? Soit une loi étrangère applicable à un rapport de droit ; supposons cette loi contraire à l'ordre public du for en certaines de ses dispositions. Doit-on, comme y inciterait la formule limitant la substitution à la mesure du nécessaire, écarter ces dispositions et maintenir pour le reste la compétence du droit étranger ? L'inconvénient est que, si ce droit étranger n'avait de sens et de raison d'être qu'en fonction de cette disposition

(37) Voir *Rapport des travaux de la Commission spéciale en matière d'obligations alimentaires*, La Haye, 5-11 janvier 1955, p. 9.

(38) Souligné dans le texte.

(39) Jurisprudence constante depuis un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1863, S. 1864.I.269.

contraire à l'ordre public, on maintiendrait l'application d'une réglementation en la privant de sa source vive. Pour éviter ce mauvais résultat, on peut rechercher si la disposition étrangère écartée pouvait être considérée comme la cause impulsive et déterminante du reste de la législation étrangère sur ce sujet, et, dans l'affirmative, y substituer intégralement la *lex fori*. La solution a le grand avantage de respecter le caractère systématique du droit étranger, de la même façon que l'intervention de l'ordre public a pour mission de respecter le caractère systématique du droit du for. Cette solution peut se synthétiser dans la formule suivante : *la loi du for est substituée aux dispositions étrangères contraires à l'ordre public du for, ainsi qu'à celles qui, sans être en elles-mêmes contraires à cet ordre public, sont inséparables des dispositions qui le sont* (40).

Ainsi se trouve réglée la question des effets de l'ordre public national. Mais il faut encore rechercher quel effet on accordera en dehors du for aux décisions qui se sont fondées sur la notion d'ordre public. C'est le problème des effets de l'ordre public étranger.

(40) Voir une autre application n° 72, en note. Voir aussi *infra*, n° 197.

CHAPITRE II

LES EFFETS DE L'ORDRE PUBLIC ETRANGER

190. — Le caractère national de l'ordre public est un article du *credo* de la doctrine actuellement dominante. Par lui, on explique notamment le fondement de l'ordre public (protection des conceptions nationales principales, qu'elles soient d'ordre moral ou politique), le principe de la substitution de la *lex fori* à la loi étrangère normalement compétente, et aussi l'effet strictement territorial des décisions fondées sur l'ordre public. Cette limitation des effets de l'ordre public semble en effet dans la logique des choses : en raison des règles de droit international privé, certaines lois internes ont un effet extra-territorial, parce qu'elles semblent, à tort ou à raison, être les plus adaptées à la solution de certains problèmes. Les décisions qui sont rendues dans un pays par application de l'une de ces lois sont reconnues dans les autres pays qui auraient également fait application de cette loi s'ils avaient eu à connaître du même problème. Ces décisions, comme les lois qu'elles mettent en œuvre, ont naturellement un effet extra-territorial. Or, voici qu'un Etat rompt ce concert harmonieux en faisant intervenir l'exception d'ordre public; au lieu d'appliquer la loi étrangère normalement compétente, son tribunal applique sa propre loi, parce qu'il ne peut pas tolérer que sur son territoire la loi étrangère puisse être pourvue d'effet. Il est naturel que l'ordre public, territorial dans ses conditions de mise en œuvre, le soit aussi dans

ses effets (1). Cette territorialité des effets de l'ordre public se traduit par la non-reconnaissance à l'étranger d'une décision fondée sur l'ordre public international. Cette absence générale d'effet en France de l'ordre public étranger est reconnue par tous les auteurs français; il en est généralement de même dans la pratique et la jurisprudence des autres Etats (2).

(1) Nous avons déjà indiqué que la territorialité de l'ordre public quant aux conditions d'application pouvait être plus réduite que la territorialité quant aux effets, quand nous avons étudié la relativité de l'ordre public dans l'espace (*supra*, n^{os} 166 et suiv.). Mais il s'agissait alors des effets de l'ordre public à l'intérieur de territoires soumis à la même souveraineté. Ici, ce sont les effets de cet ordre public à l'extérieur de ces territoires qui sont envisagés.

(2) Voir RAAPE, *op. cit.*, p. 67. Il faut prendre garde à ce fait qu'il s'agit ici uniquement de l'ordre public au sens du droit international privé, et non de l'ordre public au sens du droit interne. En effet, les principes généraux du droit international privé français conduisent au respect par le juge français de l'ordre public interne étranger. D'une part, on peut dire que, chaque fois que nous appliquons une loi étrangère à un rapport de droit, nous appliquons l'ordre public interne étranger dans la mesure où les lois internes appliquées sont des lois d'ordre public : voir Paris, 16 mai 1951, J.C.P. 1952.II.6887, note ITHIER. Notre droit international privé va plus loin. On sait que nous n'accordons l'exequatur à un jugement étranger que s'il a fait application de la loi compétente en vertu de notre propre système de conflit. On présente souvent cette exigence comme une manifestation des tendances nationalistes du droit international privé français. On peut aussi s'en servir pour montrer le respect qu'il porte à l'ordre public interne des droits étrangers. En effet, deux situations sont possibles : ou bien c'était le droit français qu'on devait appliquer, et l'on comprend que le juge français refuse l'exequatur à la décision étrangère ayant statué sur l'état de personnes françaises selon une loi étrangère, ou bien c'était à une loi étrangère autre que celle qui a été appliquée qu'on devait faire appel ; par exemple, un juge anglais a divorcé deux Italiens selon la loi anglaise de leur domicile : notre refus d'exequatur s'analyse simplement comme un respect de l'ordre public étranger. Ce n'est pas pour des motifs tirés de notre ordre public que nous refusons le divorce de ces deux Italiens, mais c'est par respect pour l'ordre public italien. Mais il s'agit ici de l'ordre public interne. Cela est si vrai que si, en fait, le résultat obtenu en faisant jouer la loi incompétente est identique à celui de la loi compétente, on accordera l'exequatur. Dans ce cas l'ordre public étranger n'a pas été violé.

D'ailleurs cette distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international n'est pas faite dans tous les Etats. Ainsi, en Suisse, le principe est l'application dans tous les cas de l'ordre public étranger, sauf, bien entendu, la réserve de l'ordre public suisse. C'est ce que décide un arrêt du Tribunal fédéral suisse du 7 juillet 1942, *Clunet*, 1946-49.208, à propos de l'application en Suisse de l'ordre public de l'Etat de New York écartant l'application des lois allemandes sur les devises étrangères :

« Le juge précédent a écarté l'exception de l'exécution ... en se référant à l'ordre public de l'Etat de New York. Ce serait interdit, parce que le juge suisse ne pourrait se fonder sur l'ordre public international d'un Etat étranger. Mais cette opinion est inexacte. L'ordre public d'un Etat étranger fait partie de son droit matériel et, si le droit de cet Etat doit être appliqué, cela est aussi vrai pour les principes inhérents à sa conception du droit, créés en vue de l'ordre public et qui réclament une portée absolue. Il va de soi que l'application de

191. — Cette solution ne se justifie que si l'on se fait de la notion d'ordre public une conception technique semblable à celle qui est généralement reçue, et qui attache une large place à la considération de la loi étrangère (3). Si la conception technique,

l'ordre public étranger trouve ses limites dans l'ordre public interne du juge suisse... Dès lors que cette réserve est observée, l'opinion de la défenderesse d'après laquelle l'application par le juge suisse de l'ordre public étranger impliquerait un abandon de souveraineté de son propre Etat au profit de celle d'un Etat étranger manque de fondement... » Cf. 1^{re} Cour civ. Suisse, 23 sept. 1941 *ibid*, p. 220. Voir BRAND, « Die Schutzfunktion des ordre public in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts », *Deutsche Rechtszeitschrift*, 1948, pp. 373 et suiv.

Il arrive même parfois que cette distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international soit très difficile à faire dans les pays qui la font. Voici un exemple de cette difficulté : le droit espagnol interdit à ses nationaux de contracter mariage avec un étranger divorcé. Cette interdiction relève-t-elle de l'ordre public international de ce pays ? L'intérêt du problème est de savoir si un mariage célébré malgré cette interdiction devra être annulé ou non par les tribunaux français. Il nous semble qu'il s'agit là de l'ordre public interne ; en effet, la loi espagnole doit être consultée sur le point de savoir si son national est apte à contracter mariage : cette loi pose des conditions positives, et des conditions négatives ou empêchements : parmi ceux-ci figure l'interdiction d'épouser une personne divorcée. La situation est la même que celle des Etats religieux qui interdisent le mariage entre personnes de religions différentes ; ces empêchements ne sont pas, dans ces Etats, le reflet de l'ordre public international, mais de l'ordre public interne. Aussi n'y a-t-il pas de raison de ne pas tenir compte de la loi espagnole et de ne pas annuler le mariage. Cf. BARTIN, II, p. 124, § 263. Dans le même sens, en ce qui concerne la qualification de cette exigence, NIBOYET, note au S. 1921.II.11 ; cf. Trib. Montpellier, 18 mars 1920, *Clunet*, 1920.633. Reste évidemment la question de savoir si cette loi interne espagnole n'est pas contraire à l'ordre public international français. Mais c'est une autre question. Voir DÖLLE, *op. cit.*, p. 414, note 55.

Mais cette description peut elle-même être contestée. Pour M. BATIFFOL, (*Traité*, 2^e éd., n° 370, pp. 427-28) : « Il semble bien qu'il s'agisse là d'une intervention de l'ordre public (lisons : au sens du droit international privé) en droit espagnol, puisque l'aptitude de chacun des futurs époux à contracter mariage s'apprécie d'après sa loi personnelle ; en annulant le mariage, le juge espagnol écarte la loi française compétente qui déclarait la future épouse libre de tout lien, il estime les effets de cette loi inacceptables en Espagne en tant qu'ils donnent effet à un divorce même prononcé hors d'Espagne entre parties non espagnoles. » Si cette analyse est exacte, le juge français n'a pas à tenir compte de l'ordre public international étranger et doit prononcer la validité du mariage (Seine, 5 mai 1919, S. 1921.II.11, note NIBOYET, Aix, 24 janv. 1924, *Clunet*, 1924.670).

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 14 déc. 1955, *Revue*, 1957.68, note RICAUX, en décidant que la disposition de la loi espagnole qui empêche le mariage entre un catholique espagnol et une femme divorcée qui avait contracté mariage à l'église n'est pas contraire à l'ordre public belge, considère donc cette disposition du droit espagnol comme une disposition d'ordre public interne et non comme une disposition d'ordre public au sens du droit international privé.

(3) Voir *supra*, Titre II, chapitre I.

erronée nous semble-t-il, utilisée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Messageries Maritimes* du 21 juin 1950 devait trouver d'autres applications, le problème des effets de l'ordre public étranger se poserait en des termes tout différents. Il s'agissait dans cet arrêt, rappelons-le, d'un caractère d'ordre public qui s'attacherait aux règles du for considérées comme d'application universelle, et non de lois étrangères contraires à l'ordre public du for. Cet arrêt reconnaît l'existence de lois du for d'ordre public international, sans que ce caractère leur soit attribué *a posteriori*, par la comparaison particulière de ces lois internes avec des lois étrangères. Dans ces conditions, un juge étranger qui devrait appliquer le droit français devrait appliquer sans hésitation ces lois internes dotées d'une force impérative peu commune dans l'ordre international. En effet, cet ordre public international français est désormais constitutif de la loi interne française, à la différence de la notion classique de l'ordre public en droit international privé.

192. — Cependant, précisément en droit international privé classique, la solution qui consiste à refuser tout effet à l'ordre public étranger, sans être contestée dans son principe, a été écartée par une partie de la doctrine dans un certain nombre d'hypothèses.

Tout d'abord, a-t-on fait remarquer, il se peut que la communauté qui lie certains Etats dans la reconnaissance de la compétence d'une certaine loi interne pour régler telle situation, où qu'elle apparaisse, lie ces mêmes Etats dans le refus de reconnaître compétence à telle loi interne étrangère qui heurte leur sentiment commun de la justice. Alors les raisons qui militaient en faveur d'un effet extraterritorial de la décision ayant fait application de la première loi doivent également intervenir pour justifier l'effet extra-territorial de la décision qui a refusé d'appliquer la seconde. Autrement dit, il semble qu'on doive accepter de tenir compte de l'ordre public étranger en cas de conformité de cet ordre public avec l'ordre public du for.

D'autre part, on a remarqué que l'ordre public était de la même nature que la règle de conflit. On s'est alors demandé si on ne devait pas faire application de l'ordre public étranger toutes les fois que l'on était conduit à appliquer le droit international privé étranger. Telles sont les deux situations dans lesquelles on peut envisager l'application de l'ordre public étranger.

SECTION I

PREMIÈRE SITUATION :
CONFORMITÉ DE L'ORDRE PUBLIC ÉTRANGER
AVEC L'ORDRE PUBLIC DU FOR

193. — Depuis Pillet, ce problème est connu sous le nom d'effet réflexe de l'ordre public (4). Ce problème suppose qu'un droit a été acquis dans un pays contrairement à la loi normalement compétente pour régler l'acquisition de ce droit, mais conformément à l'ordre public du pays dans lequel ce droit a été acquis. Le problème se pose alors de savoir si ce droit doit être reconnu dans un pays tiers. La question est actuellement très controversée dans la doctrine française et dans la doctrine allemande (5).

Si l'on décide que l'ordre public étranger ne doit jamais recevoir d'effet dans le pays du for, on sera conduit à méconnaître l'existence d'un droit acquis à l'étranger sur le seul fondement de l'ordre public, alors que nous aurions nous-mêmes consacré l'existence de ce droit si la question de sa création s'était posée chez nous. Mais si on veut reconnaître effet à ce droit, il est clair que l'on porte atteinte au principe selon lequel l'ordre public n'a pas d'effet à l'étranger, même si l'on pose comme limite la conformité de l'ordre public étranger à l'ordre public du for (6).

(4) *Principes de droit international privé*, n° 217, p. 423.

(5) Pour la reconnaissance de ce droit : NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, *Traité*, 2° éd., n° 369 ; P. LOUIS-LUCAS, « Conflits de méthodes en matière de conflits de lois », *Clunet*, 1956, pp. 774 et suiv., particulièrement p. 810 ; à l'étranger, avec des nuances, WOLFF, *op. cit.*, p. 71 ; SCHNITZER, *op. et loc. cit.* ; en sens inverse : BARTIN, *Principes de droit international privé*, I, § 95 ; MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente ; l'ordre public international et la fraude à la loi*, p. 150 ; LEREBOURS-PICEONNIÈRE, *Précis*, 6° éd., n° 278 ; à l'étranger : RAAPE, *op. cit.*, p. 67 ; LEWALD, *op. cit.*, pp. 118 et suiv. ; DÖLLE, *op. cit.*, pp. 413 et suiv. ; VALLINDAS, article précité.

(6) On saisit ici l'un des intérêts qu'il peut y avoir dans la distinction que nous avons combattue entre les lois permissives et les lois prohibitives : un droit a été acquis en un pays contrairement aux prescriptions du droit étranger compétent, par conséquent en vertu d'une loi permissive considérée au lieu d'acquisition comme d'ordre public international. En principe, la situation résultant de l'application de cette loi n'aura pas d'effet extraterritorial.

Voici maintenant un droit subjectif dont on a refusé au nom de l'ordre public l'acquisition dans un certain Etat, alors que la loi compétente autorisait la création de ce droit ; ce droit a donc été refusé en raison d'une disposition prohibitive considérée comme d'ordre public. Cette décision négative aura pourtant un effet extraterritorial général : on ne pourra pas considérer comme mariés des gens dont le mariage a été refusé dans leur Etat de résidence, même si leur loi nationale leur permettait ce mariage, du moment qu'elle ne leur donnait pas la possibilité de célébrer ce mariage à l'étranger (par exemple, personnes de religions ou de races différentes dans un pays qui retient ces empêchements). Ainsi, accidentellement, une distinction descriptive peut-elle avoir des effets de droit.

194. — La jurisprudence ne s'est prononcée que dans les hypothèses équivoques où le problème était mal posé. A plusieurs reprises, elle a reconnu la validité d'un mariage civil célébré dans un Etat laïc, entre deux personnes de statut confessionnel impératif. Mais on ne peut en tirer aucune conclusion en un sens ou en l'autre, car ces décisions constatent que la forme du mariage est soumise à la loi du lieu de sa conclusion; elles font donc application de leurs propres règles de conflit, et non de l'ordre public étranger (7).

Ce qui rend ce problème délicat, c'est qu'il existe des hypothèses favorables et des hypothèses défavorables à l'admission de l'effet réflexe de l'ordre public. Aussi la solution risque-t-elle d'être donnée plutôt sur une base sentimentale que sur une base juridique. Voici (exemple de M. Batiffol) deux Polonais qui viennent se marier en Belgique contrairement à leur loi nationale qui interdit ce mariage pour différence de religions. Le juge belge, au nom de l'ordre public, ordonne à l'officier de l'état civil belge de célébrer ce mariage malgré l'empêchement prévu par la loi polonaise. Si le mariage avait été demandé en France, on serait arrivé à la même solution grâce à l'intervention de l'ordre public français. Si donc ces Polonais viennent en France faire reconnaître la validité de ce mariage, doit-on la leur refuser sous le prétexte que la reconnaître serait faire application de l'ordre public étranger? Le sentiment répond que le mariage doit être reconnu en France. Voici maintenant (exemple de M. Maury) un mariage purement religieux de deux étrangers dont la loi nationale l'admet, réalisé en Belgique où, comme en France, l'ordre public exige la célébration civile. Par conséquent, en vertu de l'ordre public belge, semblable à l'ordre public français, ce mariage est nul. Le sentiment répond pourtant qu'en France ce mariage doit être reconnu valable, malgré l'ordre public étranger, semblable à l'ordre public français.

195. — M. Maury estime que l'appel à l'ordre public français suffit à justifier ces solutions. « Si les tribunaux français, dans l'exemple pris par M. Batiffol, sont saisis de la question de validité ou de nullité du mariage, ils devront décider que la différence de religions ne pouvant être invoquée en France parce que contraire à l'ordre public international français, la nullité, fondée sur elle, ne peut être prononcée ou reconnue, et ils devront tenir le mariage

(7) Voir BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., p. 427, note 79. Trib. civ. Seine, 15 févr. 1922. *Clunet*, 1922.397.; en Allemagne, *Reichsgericht*, 1^{er} oct. 1925, *Clunet*, 1926.734.

pour valable. Sans doute, on arrive ainsi au même résultat, mais c'est par application de l'ordre public international français, dont on respecte le caractère national... » Telle est aussi très exactement l'opinion de M. Dölle (8). Dans le cas du mariage religieux, au contraire, on n'a pas à tenir compte de l'ordre public belge, et il n'y a pas difficulté à reconnaître le mariage en France. S'il en était ainsi, le problème de l'effet réflexe de l'ordre public serait un faux problème, car il ne mettrait pas en cause l'effet au for de l'ordre public étranger... Mais est-il exact, dans l'exemple de M. Batiffol, que le seul appel à l'ordre public français suffise à valider le mariage ? Il ne semble pas qu'il en soit ainsi dans la généralité des cas. Mais on ne peut donner une réponse précise à ce problème qu'en envisageant les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

Le mariage peut être invoqué en France à titre de question principale ou de question préalable. Si la question du mariage est préalable à une question principale soumise à la loi française, il n'y a pas lieu de distinguer entre la question préalable ou la question principale, soumises toutes deux à la règle de conflit française. On doit donc examiner, d'une part, l'hypothèse où la validité du mariage doit être appréciée d'après le droit international privé du for, et d'autre part, l'hypothèse où cette même validité doit être appréciée d'après le droit international privé d'un pays étranger.

196. — 1° La validité du mariage doit être appréciée d'après le droit international privé du for.

Supposons que ces époux polonais, mariés comme on sait en Belgique, se soient installés en France où ils sont morts, et, qu'à propos de la succession qu'ils y laissent (succession soumise à la loi française, qu'elle soit mobilière ou immobilière) se pose la question de la validité du mariage. La question est alors de savoir si le jugement belge qui a ordonné à l'officier de l'état civil belge de célébrer le mariage au nom de l'ordre public belge peut avoir effet en France. Certes l'exequatur n'est pas toujours requis en matière de jugement relatif à l'état des personnes; au moins faut-il que ce jugement réponde à certaines conditions : compétence du juge étranger, procédure régulière, compétence au regard du droit international privé français de la loi appliquée par le juge étranger, non-contrariété à l'ordre public français. Seules les deux dernières conditions doivent être envisagées ici.

(8) *Op. et loc cit.*

D'après le système français, la loi compétente pour apprécier les conditions de fond du mariage était normalement la loi polonaise. Mais celle-ci étant contraire à l'ordre public français devait céder sa place à la loi française. Par conséquent, la loi compétente selon le droit international privé français était la loi française. (On remarquera que la condition de non-contrariété à l'ordre public français se trouve ainsi absorbée par la solution que l'on donne à la condition de compétence législative.) Le juge belge, lui, a appliqué la loi belge; son jugement doit-il cependant recevoir effet en France? Oui, car la Cour de cassation française « admet l'exequatur quand la décision du juge étranger est conforme à celle qu'aurait donné l'application des règles françaises, même si elle repose sur des motifs différents » (9). Or, en l'espèce, l'ordre public belge est identique à l'ordre public français, et le résultat de fait provenant de l'application des deux lois est le même. On peut donc conclure que lorsque la validité du mariage est appréciée d'après le droit international privé du for, on est conduit à appliquer l'ordre public étranger, non en tant que tel, mais en vertu des règles normales de droit international privé du for.

197. — 2° La validité du mariage doit être appréciée d'après le droit international privé d'un Etat étranger.

On peut tout d'abord imaginer que cet Etat étranger soit celui dont on discute l'application de l'ordre public. Si les époux polonais sont morts domiciliés en Belgique, tout en laissant une succession mobilière en France, le juge français appliquera la loi belge à ladite succession, et c'est à la loi belge qu'il demandera si le mariage est valable ou non. Il sera donc conduit à faire application de l'ordre public belge, sans qu'aucune difficulté se pose à ce sujet (10). Cet Etat étranger peut encore être un Etat tiers, par exemple l'Allemagne. Dans ces conditions l'attitude du juge français dépendra de celle qu'aurait prise en la circonstance le juge allemand. Mais bien plus délicate est l'hypothèse où la validité du mariage doit être résolue par le droit international privé de l'Etat dont la loi a été évincée par l'ordre public étranger.

Supposons que nos époux polonais soient allés mourir en leur pays, et que la validité de leur mariage se pose en France à propos de la succession mobilière qu'ils y laissent, et qui est soumise à la loi polonaise en vertu du droit international privé français. La solution à donner est alors très difficile à établir, et semble

(9) BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., n° 760, p. 846.

(10) Voir *infra*, n° 203.

devoir être différente, selon que le mariage a été célébré en France ou en Belgique. Etudions d'abord le cas où le mariage a été célébré en France au nom de l'ordre public.

En théorie, la succession étant soumise à la loi polonaise, la validité du mariage, dont dépend le règlement de la succession, devrait être soumise à la loi polonaise. Mais on arriverait ainsi à ce résultat absurde que des époux mariés en France au nom de l'ordre public seraient réputés non mariés quant à la propriété des biens qu'ils laissent en France, et ce, par application de leur loi nationale. Et pourtant, le raisonnement ne pêche pas, et, si les principes que nous avons cherché à établir au Titre I de cette étude sont exacts, l'ordre public français ne peut pas intervenir contre la loi polonaise qui déclare le mariage nul, car cette loi polonaise n'a pas été désignée directement par la règle de conflit française, mais par la règle de conflit polonaise. Malgré cette logique, nous pensons que ce résultat est inadmissible (11) : l'ordre public français qui est intervenu une première fois pour faire célébrer le mariage fait échec au déroulement du raisonnement habituel, et à l'abandon de la question préalable au droit international privé polonais. L'ordre logique était qu'on parte de la succession pour aboutir au mariage. L'intervention de l'ordre public en ce qui concerne le mariage a pour conséquence un renversement de ce raisonnement. Le mariage est désormais pour nous un fait qu'on ne peut plus négliger; c'est donc à la loi française qu'on demandera quels sont les effets (de même que c'était à la loi française qu'on avait demandé si ce mariage pouvait être célébré), et parmi eux, ceux qui concernent le droit des successions. Ceci est d'ailleurs une conséquence de ce qui a été expliqué au chapitre précédent. Si, comme il faut le supposer en notre hypothèse, le lien entre le mariage et le règlement de la succession est tel qu'on ne puisse envisager l'un sans l'autre, il faut décider que l'application de la loi du for au nom de l'ordre public à l'une de ces questions doit entraîner également l'application de la loi du for à l'autre question.

En est-il de même quand le mariage a été célébré au nom de l'ordre public belge ? Ici, on ne voit pas le moyen de réintroduire dans le circuit du raisonnement la célébration du mariage. Nous nous déchargeons sur la loi polonaise des questions relatives à la succession mobilière, et, dans la mesure où cela est nécessaire, à la validité du mariage. Comme nous ne sommes pas intervenus de

(11) Voir *supra*, n° 71, note 1.

façon positive pour faire reconnaître le mariage en France, nous ne pouvons pas en tenir compte pour écarter la compétence du droit international privé polonais ; dans ce cas précis, nous ne pourrions donc pas tenir compte de l'ordre public étranger. Si néanmoins on le fait, c'est par simple opportunité, mais sans fondement juridique.

198. — Telles sont donc, à notre avis, les solutions que l'on doit donner aux divers problèmes envisagés sous la rubrique « effet réflexe » de l'ordre public. Systématisées, elles se réduisent aux formules suivantes : Lorsque la question qui a été tranchée à l'étranger sur la base de l'ordre public se trouve invoquée en France à titre principal ou à titre de question préalable à une question principale soumise au droit français, tout se passe comme si on tenait compte de l'ordre public étranger. Mais il n'y a là qu'une apparence ; en réalité la solution est dictée par les principes généraux du droit international privé français. Lorsque cette même question est invoquée en France à titre de question préalable à une question principale soumise à la loi de l'Etat qui s'est déjà prononcé, on tiendra compte de l'ordre public de cet Etat. Mais lorsque la question tranchée sur la base de l'ordre public de l'Etat A est envisagée comme préalable à une question principale de la compétence de la loi de l'Etat B, on ne pourra tenir compte, au for, de l'ordre public de l'Etat A, même conforme à l'ordre public du for, si la loi de l'Etat B refuse d'en tenir compte. (Ce qui se passera si c'est la loi B qui a été écartée par l'ordre public de l'Etat A).

Ces mêmes critères permettent de résoudre l'exemple de M. Maury : si la question de la validité du mariage religieux se pose à titre de question préalable à une question principale soumise à la loi polonaise, c'est au droit international privé polonais et aux qualifications polonaises qu'on demandera si le mariage est valable. Or, en droit polonais, par hypothèse, la célébration religieuse du mariage était une question de fond, qui a précisément été respectée. Le mariage sera considéré comme valable en France, malgré l'ordre public international belge (12). Au contraire, si la question de la validité du mariage se pose en France à titre principal (ou à titre de question préalable à une question principale soumise à la loi française), on voit mal comment éviter d'annuler le mariage. Au droit international privé français, on demande la loi compétente. Celui-ci indique la loi belge pour la question de la

(12) Même solution proposée par RAAPE, *op. cit.*, p. 67.

célébration; or cette loi n'a pas été respectée : le mariage ne peut donc être reconnu en France. On ne peut pas parler non plus d'effet atténué de l'ordre public (13).

199.— Parmi les solutions que nous venons de dégager, il en est une qui mérite qu'on y prête attention : celle qui consiste à dire que si la question du mariage est posée préalablement à une question principale soumise à la loi belge, on doit tenir compte de l'ordre public international belge en vertu duquel a été célébré le mariage. Cette solution qui ne paraît pas douteuse s'explique-t-elle par la considération qu'en l'espèce, on était conduit à faire application des règles de conflit belges, et, puisque l'ordre public est lui-même une règle de conflit, de l'ordre public belge. Si telle est l'explication, il semble qu'elle doive être généralisée à toutes les hypothèses où l'on est amené à composer avec les règles de conflit étrangères.

SECTION II

SECONDE SITUATION :

APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ÉTRANGER

200. — Doit-on envisager l'ordre public comme étant une exception paralysant absolument de l'extérieur les règles de conflit ? Au contraire, doit-on le considérer comme intégré à la règle de conflit ? De ce choix dépend la question de savoir si on doit tenir compte de l'ordre public étranger quand on applique les règles de conflit étrangères.

Il faut d'abord éliminer deux hypothèses où l'application de l'ordre public étranger ne fait pas de doute. La première a déjà fait ici l'objet de nombreux développements (14) : c'est celle où l'ordre public a été enfermé par le droit étranger dans une disposition législative spéciale; par là même, l'ordre public a été intégré dans le droit de conflit étranger; il est devenu l'un des éléments de ce droit, et a cessé d'être le trouble-fête fantaisiste que nous n'osons prendre au sérieux quand il vient d'un Etat étranger. Comme on l'a fait remarquer, l'ordre public change alors de nature : on sort du sujet de ce chapitre.

La seconde hypothèse est celle du double renvoi : puisque le juge du for doit statuer comme l'aurait fait le juge étranger, il doit

(13) Voir *supra*, n° 93.

(14) Voir *supra*, n° 97, 110 et 111.

considérer l'ordre public étranger qui aurait été considéré par le juge qu'il doit imiter (15). Mais le double renvoi n'étant pas admis en France, la question manque d'intérêt.

201. — C'est surtout pour le renvoi que la question a été examinée, et particulièrement par la doctrine allemande (16). Les Allemands raisonnent sur un arrêt de leur *Reichsgericht* du 15 mai 1931 (17). Un Autrichien chrétien et une juive lettone se marient, adoptent la nationalité italienne, et se domicilient en Allemagne. Alors se plaide la question de la nullité de leur mariage. En droit international privé allemand, la question se pose de la façon suivante : la loi compétente est la loi actuelle du mari, c'est-à-dire la loi italienne, laquelle renvoie aux lois nationales des époux au jour du mariage. L'une de ces lois est la loi autrichienne qui connaissait à l'époque l'*impedimentum disparitatis cultus*, à ses yeux, le mariage est donc nul pour avoir été célébré entre personnes de religions différentes. Mais il se trouve que cet empêchement relatif à la religion des futurs époux est contraire à l'ordre public italien, sans être contraire à l'ordre public allemand (18). Le juge allemand doit-il tenir compte de l'ordre public étranger, et en tirer comme conséquence le refus de renvoi de la loi italienne à la loi autrichienne, ou, plus exactement puisque l'ordre public n'apparaît qu'*a posteriori*, le retour de la loi autrichienne à la loi italienne. C'est en tout cas ce qu'il a décidé dans l'arrêt précité.

La question s'était posée dans des termes assez semblables devant la Cour d'appel de Zürich le 23 mai 1913 (19). En l'espèce, la cession d'une part sociale avait été faite en Suisse en la forme privée, admise par le droit suisse. La société étant allemande, le droit suisse donnait compétence au droit allemand pour apprécier la validité de cette cession. Or, selon la loi allemande sur les S.A.R.L. du 20 avril 1892, § 15, la cession d'une part sociale ne peut être faite que par acte authentique. Mais l'article 11 *E.G.B.* donne compétence, d'autre part, en ce qui concerne la forme des actes juridiques, à la loi du lieu de l'acte. Par conséquent le

(15) Voir MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, p. 127 ; BATIFFOL, *Traité*, 2^e éd., pp. 428-29, note 81 (n° 370).

(16) Voir notamment WOLFF, *op. cit.*, p. 71.

(17) *Clunet*, 1932.753, R.G.Z. 132/416.

(18) Martin WOLFF, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3^e éd., 1954, pp. 60-65.

(19) *Bl. Zü. R.*, T. 13, 1914, n° 173, pp. 322 et suiv. (Voir KNAPP, *thèse*, chap. VIII, « L'ordre public et le renvoi »).

tribunal zürichoïse aurait dû accepter le renvoi de la loi allemande à la loi suisse. Or, il ne l'a pas fait, parce qu'un jugement de la Cour d'appel de Carlsruhe, rendu sur la même question, avait fait application de l'article 30 *E.G.B.G.B.* (ordre public international) et avait par conséquent écarté la loi suisse au nom de l'ordre public allemand. Il en résulte que l'ordre public allemand (c'est-à-dire l'ordre public étranger) a primé le renvoi à la loi suisse. Mais ici, la solution va plus loin que celle du *Reichsgericht* allemand, car elle revient à tenir compte de l'ordre public international étranger, même lorsqu'il consiste à écarter une loi du for normalement compétente (20).

202. — Ces solutions s'appuient, comme nous l'avons indiqué, sur la conception que l'ordre public est une règle de conflit qui doit recevoir son application au même titre que les autres règles de conflit (21). Nous avons nous-même soutenu le caractère règle de conflit de l'ordre public (22) pour justifier le caractère indirect

(20) Voir *infra*, n° 202, note 21.

(21) C'est la logique du système qui poussait WOLFF à accepter l'ordre public étranger, même quand il revenait à écarter une loi du for normalement compétente. Pourtant, nous l'avons vu, la non-contrariété à l'ordre public du for est la limite que pose à l'application de l'ordre public étranger l'arrêt précité du Tribunal fédéral suisse du 7 juillet 1942.

Dans l'optique de WOLFF, il existait un moyen d'éviter que l'application de l'ordre public étranger ne nuise à l'application des lois du for compétentes : c'était tout simplement le recours à l'ordre public international du for contre l'ordre public international étranger. Certes, il s'agit ici d'une application assez exceptionnelle de l'ordre public : *l'ordre public contre la règle de conflit étrangère*. Mais ce n'est pas un problème purement théorique. M. MAKAROV l'a posé le premier dans un article à la *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1952, pp. 382-396 (*Die Gleichberechtigung der Frau und das internationale Privatrecht*, principalement pp. 393-394). L'art. 3, al. 2 de la loi fondamentale de la République fédérale allemande pose le principe de l'égalité des sexes. C'est là une exigence si forte du droit allemand qu'il semble que les tribunaux allemands refuseraient d'appliquer une loi de conflit étrangère (c'est-à-dire refuseraient de faire jouer la théorie du renvoi) qui méconnaîtrait ce principe. La question pourrait se poser à propos du droit international privé belge qui, comme le droit allemand, applique la loi nationale du mari à un divorce d'époux de nationalités différentes. Voir Cour d'appel de Liège, 10 mars 1949, *Clunet*, 1952.314, note HENNEBICQ, Cass. Belgique, 16 mai 1952, S. 1953, IV, 25, note RICAUD. La jurisprudence allemande, à notre connaissance, n'a pas eu à se prononcer sur la conformité à l'ordre public allemand de lois de conflit étrangères. Elle a simplement eu à se demander si l'art. 17, al. 1, *E.G.B.G.B.*, qui soumet le divorce à la loi nationale du mari, n'est pas contraire au principe de l'égalité des sexes. La Cour fédérale de la République fédérale allemande a répondu par la négative dans l'arrêt du 18 janvier 1954, *Revue*, 1954.805, note MAKAROV. Voir les développements de cette question dans la note de M. MEZGER et les références citées par lui à la *Revue*, 1958, p. 236, sur les articles 606 et 606 b nouveaux du Code de Procédure civile allemand, articles relatifs à l'égalité des sexes dans la procédure du divorce.

(22) *Supra*, n° 158.

de cette notion et son utilisation contre des règles étrangères dont le contenu n'était pas contraire en lui-même à l'ordre public français, mais seulement l'application. Mais cette constatation n'est pas suffisante pour justifier l'application de l'ordre public étranger chaque fois que l'on applique le droit de conflit étranger. M. Valindas a fait à cette thèse une critique décisive, en disant à peu près ceci (article précité) : on ne doit pas appliquer l'ordre public étranger, même par le jeu du renvoi, car le juge du for n'est pas en état d'appliquer justement une réserve d'ordre public étranger dans un cas qui, étant soumis à sa juridiction, diffère par le fait même du cas que le juge hypothétique étranger aurait eu en vue pour se décider sur la nécessité de l'intervention de son ordre public. Qu'est-ce que cela signifie ? Ceci : nous avons affirmé que l'ordre public, s'il participait de la nature de la règle de conflit, constituait en quelque sorte les antennes de celle-ci. C'était indiquer, une fois de plus, que l'ordre public ne peut pas être indifférent à la mise en jeu des règles matérielles désignées par la règle de conflit. C'est parce que ces règles matérielles étrangères ne peuvent pas se combiner avec les règles du for mises en causes par l'espèce qu'elles sont écartées. Parfois d'ailleurs, l'incompatibilité du droit étranger avec le droit du for est telle qu'elle ne se limite pas à certaines dispositions de la loi du for, mais à l'ensemble de celle-ci : En aucun cas, le juge saisi ne peut en faire application.

Mais en matière de renvoi, il ne s'agit pas de combiner les droits étrangers désignés respectivement par le droit international privé du for et par celui de l'Etat auquel le droit international privé du for avait d'abord donné compétence. Si l'Etat A désigne la loi B qui renvoie à la loi C, il ne s'agit pas en l'espèce de concilier les droits de B et de C, mais seulement de A et de C, car le droit de B s'efface complètement du rapport juridique. Aucun de ses éléments ne reçoit application, à la différence du droit de A qui reste toujours présent au règlement du rapport de droit (23).

203. — Cette jurisprudence allemande et suisse nous paraît donc ne pas correspondre au fondement véritable de la notion d'ordre public. Cela n'est d'ailleurs pas à dire que l'on ne doive jamais tenir compte de l'ordre public étranger : nous avons donné l'exemple du mariage des Polonais en Belgique, célébré au nom de l'ordre

(23) Sur un autre aspect de la combinaison de l'ordre public et du renvoi, voir *supra*, n° 180, note 22.

public international belge, mariage dont la validité se trouvait posée en France à titre de question préalable à une question principale soumise par la règle de conflit française à la loi interne belge, et nous avons insisté sur l'application en l'espèce par le juge français de l'ordre public international belge. Cette solution est en parfait accord avec le fondement et la nature de l'ordre public. *D'une part*, l'ordre public est une règle de conflit qui ne peut pas fonctionner si le droit international privé auquel il appartient n'intervient pas; or, ici, le droit international privé étranger intervient. *D'autre part*, l'ordre public a pour fonction d'assurer la cohérence des règles étrangères et des règles du for mises en cause par l'espèce. Il suppose donc que doivent intervenir des règles *matérielles* de l'Etat dont sont utilisées les règles de conflit. Or, dans le domaine des questions préalables, le droit international privé étranger ne peut intervenir que parce que la question principale est soumise à ce droit matériel étranger. Si le droit international privé étranger désigne la loi d'un Etat tiers, il devra la combiner avec ses propres règles internes, qui sont appelées à jouer leur rôle dans la solution du litige. Mais si aucune règle matérielle de l'Etat étranger n'intervient, mais seulement son droit de conflit, toute combinaison entre le droit de l'Etat tiers et celui de cet Etat étranger est impossible. L'ordre public est donc sans objet. On voit ainsi que cette dernière proposition est le complément exact de celle qui avait été dégagée à l'issue du premier chapitre de cette étude : l'ordre public d'un Etat ne peut intervenir que lorsque la règle de conflit de cet Etat est elle-même intervenue. C'était là une condition nécessaire, mais non suffisante, comme on vient de le montrer.

204. — Nous pouvons donc écrire la formule finale; lorsqu'on applique le droit international privé d'un Etat étranger, on ne tiendra compte de son ordre public international que dans la mesure où l'on appliquera également le droit matériel de cet Etat étranger à la solution du litige.

CONCLUSION

205. — Au terme de ce qui ne prétend pas être autre chose que l'analyse d'un mécanisme technique, il est nécessaire de reprendre de haut un problème qui est resté sous-jacent à toutes les questions que nous avons examinées, celui de la nature de l'ordre public en droit international privé.

Dès l'introduction, l'ordre public nous était apparu comme un phénomène situé à la limite de deux domaines très différents et apparemment inconciliables, celui du droit matériel, droit immédiatement applicable, et celui du droit des conflits, droit indirect. Auquel des deux donner la préférence et rattacher l'ordre public ?

La première tentation était évidemment de rattacher l'ordre public au droit matériel, de considérer que certaines lois matérielles internes recevaient ce caractère d'ordre public, ce qui les rendait nécessairement applicables à tout litige tranché par un tribunal interne. Ainsi des dispositions internes sur la limitation des causes du divorce et des cas de recherche de la paternité naturelle.

Nous avons montré qu'il fallait résister à cette tentation. En effet, dans certains cas, l'ordre public ne produit, selon l'expression employée par certains auteurs, qu'un effet atténué, c'est-à-dire pas d'effet du tout. C'est ainsi que depuis 1860 les tribunaux français reconnaissent l'effet en France d'un divorce prononcé à l'étranger pour des causes que la loi française ne reconnaît pas. Voilà qui montre apparemment que la considération du droit matériel ne suffit pas à rendre compte de l'ordre public. Pourtant la lumière n'a jamais été faite sur cette jurisprudence; pour l'expliquer, on recourait à la notion imprécise de « droit acquis » ou à sa variante allemande d'*Inlandsbeziehung*. Chacun, prenant de ces notions ce qu'il voulait bien leur apporter, cherchait à éliminer ce phénomène fondamental de sa théorie de l'ordre

public, quitte à le considérer comme une exception à la norme s'il le gênait, ou comme une manifestation de l'imprévisible sensibilité du juge, s'il ne voulait pas avouer une exception à sa théorie. Rares étaient ceux qui, comme Martin, reconnaissaient que la théorie juridique butait sur ce problème. Constatant que c'était là ce qu'il y avait de moins satisfaisant dans toutes les constructions qui ont été proposées pour expliquer l'ordre public en droit international privé, nous avons pensé que c'était par là qu'il fallait commencer si l'on voulait réellement comprendre l'ordre public. Utilisant des travaux récents de la doctrine allemande, nous avons essayé de montrer, d'une part, que, dans tous les cas où se produisait le phénomène dit de l'effet atténué de l'ordre public, la question soumise au juge était double et comportait en réalité une question principale (telle personne peut-elle contracter mariage ?) et une question préalable (elle ne le peut que si son mariage antérieur a été régulièrement dissous), et, d'autre part, que la disposition matérielle étrangère qui semblait heurter l'ordre public du for était toujours évincée lorsqu'elle s'appliquait à la question principale, mais ne l'était que plus rarement lorsqu'elle s'appliquait à la question préalable. Prenant pour base de raisonnement la solution qui a été le plus souvent retenue par les tribunaux étrangers et même français qui ont vu cette question, solution selon laquelle la règle de conflit qui est applicable à la question préalable n'est pas nécessairement la règle de conflit du for, mais celle du droit interne qui est applicable à la question principale, il nous est apparu que l'ordre public ne pouvait entraîner l'éviction de la loi étrangère que *dans les cas où c'était la règle de conflit du for qui avait désigné cette loi étrangère*, c'est-à-dire dans les cas où la question principale était de la compétence de la loi matérielle du for.

L'acquisition de ce point nous mettait en possession d'une première certitude : l'ordre public avait toujours partie liée avec la règle de conflit du for, puisqu'on ne pouvait imaginer son intervention en dehors de celle de la règle de conflit. Cependant, la première tentation dissipée, une autre apparaissait : ne devait-on pas considérer l'ordre public comme une règle de conflit de la même nature que les autres ? Très vite, nous constatons qu'il *n'y avait d'ordre public que si la règle de conflit du for avait désigné une loi étrangère pour régler la contestation*. L'ordre public ne pouvait donc apparaître qu'après l'intervention d'une règle de conflit classique. Il n'avait pas, comme elle, son domaine propre. Lié à la règle de conflit, il lui était en quelque sorte subordonné. On ne pouvait donc voir en lui une règle de conflit

comme les autres. On pouvait sans doute se demander si l'ordre public n'était pas alors une règle de conflit unilatérale, définissant *a priori* le domaine d'application de certaines lois internes particulièrement importantes : certains exemples (les clauses de réserve spéciales de l'ordre public) confirmaient cette vue, mais, à peine identifiés, ils étaient condamnés, en même temps qu'étaient révélés leur domaine limité, leur manque d'élasticité et leur nocivité. Au terme du Titre I, la nature de l'ordre public demeurait encore mystérieuse.

Puis, de nombreux exemples se sont présentés, révélant la nécessité d'un examen détaillé de la solution donnée par le droit étranger préalablement à toute intervention de l'ordre public, et il est apparu clairement que, si l'ordre public ne se manifestait que dans le cas où cette solution étrangère ne pouvait être combinée de façon cohérente avec les institutions du for mises en cause par l'espèce, il n'était pas nécessaire que ces institutions fussent considérées comme fondamentales pour la sauvegarde de notre civilisation ou même de la politique qu'entendait suivre notre législateur (intervention de l'ordre public au nom de l'urgence, ou pour éviter de contrarier la chose jugée en France, ou contre une technique juridique étrangère inconnue, etc.). Dès lors, *on était bien obligé de traiter l'ordre public comme un simple mécanisme technique, greffé sur cet autre mécanisme technique qu'est la règle de conflit, et inséparable d'elle.*

L'étude des effets de l'ordre public devait nous permettre de vérifier cette analyse et de découvrir l'utilité de ce nouveau mécanisme. En effet, une soumission aveugle du juge à la règle de conflit aboutirait à des absurdités, à des incohérences qui iraient contre le but même de la règle de conflit, à savoir la coordination de systèmes juridiques en vue d'aboutir à la solution d'un litige de droit privé par la législation la plus apte à le régler. Mais, comme cette législation est souvent très différente de celle du for, elle doit lui être adaptée, et c'est là que l'ordre public intervient, non pas pour éliminer la loi étrangère, mais pour l'« habiller » à la mode du for et lui donner ses chances d'efficacité. Il n'y a pas là simple goût du paradoxe ; on a vu que l'ordre public n'avait pas pour objet de substituer intégralement la loi du for à la loi étrangère, mais simplement d'éliminer de la loi étrangère les quelques éléments qui ne pouvaient pas s'adapter aux institutions du for mises en cause. On a vu aussi dans quelles conditions on devait tenir compte de l'ordre public international étranger, en cas de combinaison d'une loi étrangère avec les institutions d'un autre Etat étranger.

Pourtant la plupart des auteurs préfèrent à cette formule une présentation plus traditionnelle et aiment mieux dire que l'ordre public intervient quand la loi étrangère est contraire aux principes moraux et politiques qui sont le fondement de l'ordre juridique et de la civilisation du for. Mais la croyance en de tels principes est un retour souvent inconscient à une conception absolutiste du droit naturel (1). Pris en particulier, chacun de ces principes se dissipe, et il ne reste plus de lui qu'une idée dont le caractère vague et imprécis écarte toute application juridique. Il faut donc cesser de raisonner sur les principes généraux comme sur des entités qui se suffisent à elles-mêmes; les principes sont comme des points, des repères, qui n'ont de sens que par rapport à d'autres points. La valeur de notre ordre juridique n'est pas la somme des valeurs de chacun des principes généraux. Elle vient plutôt d'un équilibre de relations entre des exigences souvent contradictoires, et représentées par ces principes, qui ne peuvent ainsi donner qu'une vue très partielle et très partielle du droit positif. On dit souvent que le Code civil a fait de l'absolutisme du droit de propriété un principe général de notre droit. Mais, si cela est vrai, comment expliquer la restriction des lois et règlements établie par l'article 544 lui-même? Comment expliquer l'ampleur prise par ces lois et règlements depuis 1804? Comment expliquer que l'idée d'expropriation soit devenue si familière à une conscience juridique du xx^{e} siècle? L'indissolubilité du mariage a cessé également d'être un principe général de notre droit. Ceux qui, en 1884, firent réintroduire le divorce dans notre droit étaient poussés par une inspiration totalement opposée qu'ils n'ont pu faire triompher complètement. On est arrivé à un équilibre assez instable. Il serait curieux de considérer ce fragile édifice comme le fondement stable de notre ordre juridique. Ces exemples, qu'on pourrait multiplier, suffisent à montrer le rôle de l'ordre public en droit international privé. La disposition étrangère n'est pas écartée parce qu'elle est contraire à un principe fondamental du droit du for. Elle est écartée parce qu'intégrée dans le droit du for, elle ne peut se

(1) Il faut en effet se garder de tout sectarisme dans la définition du droit naturel. Saint Thomas d'Aquin écrivait déjà (*Somme théologique*, Ia IIae, qu. 94, art. 3) : « Il arrive qu'en raison des diverses conditions des hommes, certains actes sont vertueux pour les uns leur étant proportionnés et leur convenant, qui sont cependant vicieux pour les autres, ne leur étant pas proportionnés. » Un peu plus loin, il ajoute (*ibid.*, art. 4) : « Dans l'ordre pratique, il n'y a pas la même vérité ou la même rectitude pratique pour tous dans les conclusions particulières, mais seulement dans les principes communs. Encore ceux pour qui vaut la même rectitude pratique dans le particulier ne la connaissent-ils pas tous également. »

combiner de façon cohérente avec les diverses dispositions de celui-ci avec lesquelles elle se trouve en relation. Si l'ordre public n'intervenait pas, la solution du litige serait insensée, puisque la disposition étrangère et les dispositions du for n'ont de sens que par leur combinaison, et que cette combinaison est par hypothèse impossible. L'ordre public intervient justement pour redonner sens et vie à l'ensemble, en procédant aux ajustements nécessaires.

Ainsi considéré, l'ordre public ne doit plus faire peur aux internationalistes. Il ne faut plus chercher comme autrefois à l'éliminer systématiquement ou à le cantonner artificiellement dans un domaine précis et limité. Sans doute faut-il manier cet instrument avec quelque prudence, mais il ne faut plus le considérer *a priori* comme étant nécessairement l'instrument d'une politique nationaliste. Il faut voir en lui un élément du perfectionnement technique des règles de conflit de lois que leur petit nombre rend trop générales et par là imparfaites. Il faut reconnaître que sans l'ordre public, le droit international privé serait souvent incapable de remplir sa délicate mission d'apporter à des litiges privés leur solution adéquate.

Vu,

Le Président de la thèse :

M. BATIFFOL.

Vu,

Le Doyen de la Faculté,

Membre de l'Institut :

J. HAMEL.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris,

Président du Conseil de l'Université,

Membre de l'Institut :

J. SARRAILH.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I. — OUVRAGES GENERAUX

A. — Droit français.

- ARMINJON : *Précis de droit international privé*, 3^e éd., 3 vol., 1947.
- AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français*, Tome I^{er}, 6^e éd., par BARTIN, Paris, 1936.
- BARTIN : *Etudes de droit international privé*, Paris, 1889.
— *Principes de droit international privé*, 3 tomes : I (1930), II (1932), III (1935).
- BATIFFOL : *Traité élémentaire de droit international privé*, 2^e éd., 1955, cité *Traité*.
— *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956.
- BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Traité de droit civil*, 2^e éd., Tome I, par Mme BÉQUIGNON-LAGARDE, Paris, 1934.
- COMITÉ FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : *Travaux* (publiés périodiquement).
— *La codification du droit international privé*, Paris, 1956.
- DAVID (René) : *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *Cours de droit international privé*, Paris, 1939-1940.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Précis de droit international privé*, 6^e éd., 1954, cité *Précis*.
- LÉVY-ULLMANN : *Cours de droit international privé*, Paris, 1938-1939.
- MAURY : « Règles générales des conflits de lois », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, 1936, T. 57, pp. 325-570.
- MAZEAUD (H. J. et L.) : *Leçons de droit civil*, Tome I, Paris, 1955.
- NIBOYET : *Traité de droit international privé français*, 6 vol. Le Tome III, le plus souvent cité, est de 1944.
— *Cours de droit international privé*, éd. 1947.
- PILLET : *Principes de droit international privé*, Paris, 1903.
— *Traité de droit international privé*, Paris, 1923.
- RIPERT et BOULANGER : *Traité de droit civil*, Tome I, Paris, 1956.
- ROUBIER : *Les conflits de lois dans le temps (théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, Paris, 1929-1933, 2 vol.
- SAVATIER : *Cours de droit international privé*, 2^e éd., Paris, 1953.

SURVILLE et ARTHUYS : *Cours élémentaire de droit international privé*, 6^e éd., Paris, 1915.

B. — Droits étrangers.

AGO : « Règles générales des conflits de lois », *Cours de l'Académie de La Haye*, 1936, IV, Tome 58, pp. 243-469.

CHESHIRE : « Private international law », éd. 1948 (Oxford).

FOSTER : « La théorie anglaise de droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1938, Tome 65, pp. 399-501.

GRAVESON : « The conflict of laws », London 1948, 3^e éd., 1955.

LEWALD : « Règles générales des conflits de lois », *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1939, Tome 69, pp. 1-147.

MAKAROV : *Quellen des internationalen Privatrechts*, 2^e éd., Berlin, 1953.

NIEDERER : *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, 1954.

RAAPE : *Internationales Privatrecht*, Berlin u. Frankfurt a/M., 1950.

SAVIGNY : *Traité de droit romain*, traduit par Ch. GUENOUX, Tome 8, 2^e éd., Paris, 1860.

SCHNITZER : *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 2 vol., 3^e éd., Basel, 1950.

WOLFF (Martin) : *Das internationale Privatrechts Deutschlands*, Berlin, 3^e éd., 1954.

II. — ETUDES SPECIALES

A. — Droit français.

ARMINJON : « La notion de droit acquis en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1933, Tome 44, pp. 5-109.

BARTIN : « Les dispositions d'ordre public », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1897.

BATIFFOL : « Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps », *Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Etudes offertes à Georges RIPERT, I, pp. 292-303.

— *Cours de Doctorat de Paris*, 1954-1955 et 1955-56, non publiés.

BIREAUD : *Contribution à l'étude de l'ordre public en droit international privé*, Thèse, Aix, 1932.

BOISSARIE : *De la notion d'ordre public en droit international privé*, Thèse, Paris, 1888.

CALEB : « Le sort des jugements rendus en Alsace-Lorraine pendant l'occupation », *Revue*, 1951-245.

CARABIBER : « De l'application des règles de conflit de lois étrangères et de droit public et de la réserve de l'ordre public », *Nouv. Revue*, 1939.

DECROUX : *L'autonomie de la volonté et l'ordre public en droit conventionnel marocain*, Paris, 1952.

— *De l'application des lois nationales au Maroc*, Paris, 1955.

DELAUME : *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, Thèse, Paris, 1947.

DESPACNET : « L'ordre public en droit international privé », *Clunet*, 1889, pp. 5 et 207.

- DONNEDIEU DE VABRES J. : *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du xx^e siècle*, Thèse, Paris, 1938.
- FRANCSKAKIS : *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958.
- « Une extension contestable de la jurisprudence Rivièrè », *Clunet*, 1956, p. 254.
- GAVALDA : « Remarques sur l'arrêt Rivièrè », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1951-1954, p. 115.
- GAVALDA (Christian) : *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Paris, 1955.
- GOLDMAN : « Réglementation des changes et droit international privé », *Le contrôle des changes*, publié par l'Institut de Droit comparé de la Faculté de Droit de Paris, Paris, 1955, pp. 46-72.
- HOLLEAUX : « Remarques sur l'évolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions étrangères d'état et de capacité », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1948-52, p. 179.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : « L'ordre public en droit interne », *Mélanges Capitain*, 1938, p. 381.
- LAMPUÉ : « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *Revue*, 1954, p. 249.
- LEPAULLE : « A propos de l'arrêt Rivièrè », *Revue*, 1954, p. 91.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », *Le Droit privé français au milieu du xx^e siècle. Etudes offertes à Georges RIPERT*, I, pp. 255-270, Paris, 1950.
- « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951.4.
- LIENHARD : *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international*. Thèse, Dijon, 1935.
- LOUIS-LUCAS : « Remarques sur l'ordre public », *Revue*, 1933, p. 393.
- « L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé », *Mélanges Capitain*, 1938, p. 469.
- « Le développement de la compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois », *Le Droit français au milieu du xx^e siècle. Etudes offertes à Georges RIPERT*, Tome I, p. 271.
- « Conflits de méthodes en matière de conflits de lois », *Clunet*, 1956, pp. 774 et suiv.
- MALAURIE : « L'ordre public et le contrat. Etudes de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S. », Reims, 1953.
- MAURY : « L'éviction de la loi normalement compétente ; l'ordre public international et la fraude à la loi », *Universidad de Valladolid*, 1952.
- « L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand ; convergences et divergences », *Revue*, 1954.7.
- MEZGER : « Lois raciales du III^e Reich », *Nouv. Revue*, 1936.507.
- « Les trois fonctions de l'ordre public international », étude non publiée, citée par MAURY : *L'éviction de la loi normalement compétente ; l'ordre public international et la fraude à la loi*, pp. 110 et 145.
- MOLDOVAN : *L'ordre public en droit international privé*, Thèse, Paris, 1932.
- MORÈRE : « Une symbiose juridique au Maroc : la condition civile des étrangers », *Gazette des Tribunaux du Maroc*, 10 oct. 1955.
- NIBOYET : *Répertoire de droit international*, verbo « droits acquis », 1929, T.V.
- PALLARD : « La filiation illégitime en droit international privé », *Revue*, 1952, p. 623, et 1953, pp. 61 et 329.
- PILLET : *De l'ordre public en droit international privé*, Grenoble, 1890.

- PLAISANT : *Les règles de conflit de lois dans les traités*, Alençon, 1946.
- PRUDHOMME : « L'ordre public français et la Révolution espagnole », *Clunet*, 1937, p. 488.
- REISS : *Portée internationale des lois interdisant la clause-or*, Thèse, Paris, 1936.
- SOLODOVNIKOFF : *La notion de l'ordre public en droit international privé dans la jurisprudence française relative au droit de la famille*. Thèse, Paris, 1936.
- SOLUS : *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, 1927.
- VALERY : « Etude critique des remarques sur l'ordre public de M. Louis-Lucas », Bruxelles, 1934. (Extrait de la *Revue de Droit international et de Législation comparée*).
- VAREILLES-SOMMIÈRES : « Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois », *Revue de Lille*, 1899.
- VEDEL : « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », J.C.P. 1950.I.851.
- WITENBERG : « Les décrets-lois polonais de valorisation des dettes et créances d'avant-guerre et l'ordre public français », *Clunet*, 1929, p. 593.

B. — Droits germaniques.

- DÖLLE : « Der ordre public im internationalen Privatrecht ; Deutsche Landesreferate zum dritten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung », London, 1950, in *Beiträge zum bürgerlichen Recht* ; Tübingen, 1950, pp. 397-415.
- DOMKE : « La notion de l'ordre public en matière d'emprunts internationaux », *Rev. de science et de législation financière*, avril-mai-juin, 1937.
- GUTZWILLER : « Der ordre public im schweizerischen internationalen Privatrecht », *Mélanges Streit*, vol. I, 1939.
- HELD : « Vorbehalt und Verweisung im deutschen internationalen Privatrecht », *Nordisk tidskrift for international ret, Acta scandinavia juris gentium*, 1935, pp. 73-80.
- JACOB : « L'ordre public en droit international privé allemand », Coimbra, 1932, *Separata do Boletim da faculdade de direito*.
- KAHN : « Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze) », *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, herausgegeben von Otto Lenel und Hans Lewald, München und Leipzig 1928, Band I, pp. 161-254.
- KNAPP : *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, Thèse, 1933.
— « Essai sur la sauvegarde de l'ordre public et la protection des faibles en droit international privé », *Mélanges Guisan*, 1950.
- KÜTTLER : « Zum Frage der Beschränkung der Funktion des ordre public im internationalen Privatrecht », *Schweizerische Juristen Zeitung*, 15 mai 1951.
- MAGERSTEIN : « Hoheitsakte fremder Staaten und ordre public mit besonderer Berücksichtigung der Fragen der Anerkennung ausländischer Konfiskationen », *Juristische Blätter*, 18 sept. 1954, pp. 424-430.
- MAKAROV : « Die Gleichberechtigung der Frau und das internationale Privatrecht », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1952, pp. 382-396.
- MARTI : *Der Vorbehalt des eigenen Rechts im internationalen Privatrecht der Schweiz*, Bern, 1940.
- NIEDERER : « Einige Grenzfragen des ordre public in Fällen entschädigungsloser Konfiskation », *Annuaire suisse de droit international*, 1954, p. 91.

- SCHAUMANN : « Ausländische Konfiskationen, Devisenkontrolle und public policy », *Annuaire suisse de droit international*, 1953.
- SCHMITT : « Die national sozialistische Gesetzgebung und der Vorbehalt des ordre public im internationalen Privatrecht », *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 20 févr. 1936.
- WEBER : *Die Lehre vom ordre public international mit Berücksichtigung der schweizerischen Praxis*, Zürich, 1922.
- WENGLER : Article dans la *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1934, p. 148.
- « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Revue*, 1952, p. 595, et 1953, p. 37.

C. — Droits anglo-saxons.

- BEWES : « Public order », *Law quarterly review*, juill. 1921, pp. 315-322.
- BONASSIES : « Structure fédérale et conflits internes de lois ; l'exemple des U.S.A. », *Revue*, 1953, pp. 289 et 533.
- COLOCASSIDES : « The exclusion of foreign law », *The international and comparative law quarterly*, 1954, pp. 479-484.
- GOODRICH : « Public policy in the law of conflicts », *West Virginia law quarterly*, 36 (1930), p. 156.
- HABICHT : « The application of Soviet laws and the exception of public order », *The American journal of international law*, avril 1927, p. 238.
- HEALY : *Théorie générale de l'ordre public*, Paris, 1926. *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1925, Tome IX, pp. 411-557.
- HUSSERL : « Public policy and ordre public », *Virginia Law Review*, 25 (1938), p. 37.
- KAHN-FREUND : « Reflections on public policy in the English conflicts of laws (followed by a discussion) », *Transactions of the Grotius society*, 1953, vol. 39, pp. 39-83.
- KNIGHT : « Public policy in English law », *Law quarterly review* 38 (1922), p. 207.
- LLOYD : *Public policy, a comparative study in English and French law*, London, 1953.
- « Law and public policy », *Current legal problems*, 1955.
- LORENZEN : « Territoriality, public policy and the conflict of laws », *Yale law journal*, 33 (1924), p. 736.
- NUSSBAUM : « Public policy and the political crisis in the conflict of laws », *Yale law journal*, 1940, pp. 1027-1058.
- PAULSEN et SOVERN : « Public policy in the conflicts of laws », *Columbia law review*, nov. 1956, n° 7, pp. 969-1016.
- RASHBA : « Foreign exchange restrictions and public policy in the conflicts of laws », *Michigan law review*, 1943, pp. 777-1089.

D. — Autres pays.

- FEDOZZI : « Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international », *Clunet*, 1897, pp. 69-78 et 495-507.
- FIGORE : « De l'ordre public en droit international privé », *Revue de droit international*, Tome 34 (1902), p. 608.
- « De la limitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public », *Clunet*, 1908, pp. 351-366.

- GIHL : « Lois politiques en droit international privé », Leyde 1955 (*extr. du recueil des Cours de l'Académie de La Haye*).
- MADSEN-MYGDAL : *Ordre public et territorialité*, Copenhague, 1946. Compte rendu par DELAUME, *Revue*, 1948, p. 154.
- PHILONENKO : « Les atteintes à la propriété privée et l'ordre public international », *Journal des Tribunaux*, 1949, p. 193.
— « La notion de l'ordre public international », *Clunet*, 1952, pp. 780-818.
- SCHRÖDER : « La législation allemande concernant la race et le mariage sous l'angle du droit international privé néerlandais ». *Nouv. Revue*, 1937, pp. 275 et suiv.
- TCHIRKOVITCH : « Les dispositions du droit international privé du Code de la famille yougoslave », *Revue*, 1952, p. 221.
- VALLINDAS : « Le principe de l'élasticité de la réserve de l'ordre public et les réserves spécialisées », *Revue hellénique de droit international*, 1950, p. 55.
— « La réserve de l'ordre public en droit international privé », *Revue hellénique de droit international*, 1950, p. 270.
- WARLOMONT : « L'exécution des jugements et des sentences rendus à l'étranger, au regard de la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs », Institut belge de Droit comparé. *Revue de Droit international et de Droit comparé*, 1953, pp. 84-85.
- WINTER (de) : Rapport des travaux de la commission spéciale en matière d'obligations alimentaires, La Haye, 5-11 janvier 1955.

III. — CHRONIQUES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

A. — Droit français.

- AUDINET : Note sous Paris, 22 déc. 1920, S. 1921, II, 97 - Cass. Req., 5 mars 1928, S. 1929, I, 217 - Colmar, 24 mars 1931, S. 1932, II, 121.
- BATIFFOL : Chronique de jurisprudence en matière de conflits de lois, *Revue*, 1937, 419 - Note sous Cass., 28 juin 1937, *Revue*, 1938, 486 - Cass. civ., 8 mars 1938, *Revue*, 1938, 553 - Cass., 8 mai 1943, *Revue*, 1946, 273 - Cass. civ., 11 avril et 1^{er} mai 1945, S. 1945, I, 121 - Cass. civ., 21 juin 1950, *Revue*, 1950, 609 - Trib. civ. Seine, 4 avril 1951, *Revue*, 1953, 586 - Trib. civ. Seine, 31 mars 1952, *Revue*, 1952, 330 - Cass. civ., 17 avril 1953, S. 1953, I, 181.
- BONNECASE : Note sous Bordeaux, 9 déc. 1914, S. 1914, II, 145.
- CAPITANT : Note sous Cass. civ., 15 mai 1927, D.P. 1928, I, 125.
- DELAUME : Note sous Rabat, 9 mai 1950, J.C.P. 1951, II, 6217.
- DUPIN : Conclusions sous Cass. 28 févr. 1860, S. 1860, I, 210.
- ESMEIN : Note sous Cass. civ., 15 mai 1927, S. 1927, I, 289.
- FRANCSKAKIS : Note sous Paris, 7 juill. 1954, *Revue*, 1954, 552 - Trib. civ. Seine, 27 janv. 1956, *Revue*, 1956, 497 - Cass. civ., 6 mars 1956, *Revue*, 1956, 305.
- GUIHO : Note sous Trib. civ. Seine, 26 mars 1956, J.C.P. 1956, II, 9318.
- HAMEL : Chronique à la *Nouv. Revue*, 1937, 499 - note sous Cass. civ. 21 juin 1950, D. 1951, J. 749.
- G. H. : Note à la *Revue*, 1949, 102.
- HOLLEAUX : Note sous Paris, 27 juin 1952, *Revue*, 1952, 744.
- ITHIER : Note sous Paris, 16 mai 1951, J.C.P. 1952, II, 6887.

- LABBÉ : Note sous Cass. civ., 11 févr. 1873, S. 1873, I, 97 - Aix, 11 juill. 1881, S. 1883, II, 249.
- LELIÈVRE : Note sous In re libel's Estate, 20 juill. 1951, *Clunet*, 1952, 711.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : Rapport sous Civ., 22 mars 1944, S. 1945, I, 77 et *Revue*, 1946, 107 - Note sous Cass. civ., 8 nov. 1943, J.C.P. 1944, II, 2522.
- LÉVY (J.-Ph.) : Note sous Cass. civ., 21 juin 1950, J.C.P. 1950, II, 5812 - Trib. com. Seine, 11 mars 1957, J.C.P. 1957, II, 9964.
- LOUIS-LUCAS : Note sous Paris, 15 mars 1956, J.C.P. 1956, II, 9531.
- LOUSSOUARN : Note sous Paris, 15 févr. 1950, *Revue*, 1950, 423 - Trib. civ. Mulhouse, 19 janv. 1950, *Revue*, 1951, 133 - Cass. Belge, 28 mars 1952, *Revue*, 1953, 132 - Nancy, 13 janv. 1955, *Revue*, 1955, 525.
- MATTER : Conclusions sous Trib. Seine, 8 janv. 1907, *Revue*, 1907, 193.
- MAZEAUD (J.) : Note sous Paris, 14 mars 1952, J.C.P. 1952, II, 7075.
- MAZEAUD (L.) : Note sous Paris, 3 avril 1936, D.P. 1936, II, 87.
- MESTRE : Note sous Cass. civ., 23 janv. 1924, S. 1925, I, 257 - Cass. civ., 14 févr. 1934, S. 1934, I, 297.
- MEZGER : Note sous Paris, 30 oct. 1954, *Revue*, 1954, 825.
- MOTULSKY : Note sous Cass. civ., 5 déc. 1949, *Revue*, 1950, 65 - Rabat, 9 mai 1950, *Revue*, 1951, 293 - Cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 1953, *Revue*, 1953, 133.
- NAST : Note sous Colmar, 24 mars 1931, *Clunet*, 1931, 1143 - Cass. civ., 8 mars 1938, D.P. 1939, I, 17.
- NAQUET : Note sous Req. 15 juin 1909, S. 1911, I, 81.
- NIBOYET : Note sous Trib. civ. Seine, 5 mai 1919, S. 1921, II, 11 - Cass., 2 mars 1926, S. 1926, I, 369 - Cass. Req., 21 avril 1931, S. 1931, I, 377 - Trib. civ. Seine, 23 févr. 1932, *Revue*, 1934, 452 - Cass. civ., 26 mars 1935, S. 1936, I, 89 - Cass. Req., 3 nov. 1936, S. 1936, I, 177 - Trib. civ. Seine, 5 juill. 1939, *Revue*, 1939, 450 - Paris, 24 avril 1940, S. 1942, II, 29 - Cass. Req., 17 nov. 1943, S. 1946, I, 17 - Cass. civ., 22 mars 1944, *Revue*, 1946, 107 et S. 1945, I, 77 - Cass. civ., 21 juin 1950, S. 1951, I, 1.
- PERROUD : Note sous Aix, 13 févr. 1912, *Clunet*, 1913, 1229 - Cass. civ., 26 mars 1935, *Clunet*, 1936, 399.
- PILLET : Note sous Cass. civ., 20 janv. 1925, S. 1925, I, 49.
- PILON : Rapport sous Cass. Req., 21 avril 1931, S. 1931, I, 377.
- RIGAUD : Note à la *Revue*, 1955, 152.
- SAVATIER : Chronique à *Revue*, 1937, p. 55, et particulièrement p. 72. Note sous Cass. civ., 8 nov. 1943, D. 1944, 65 - Paris, 15 févr. 1950, J.C.P. 1950, II, 5578.
- SILZ : Chronique sous Cass. civ., 30 nov. 1938, D. 1939, I, 57.
- TROPLONG : Concl. sous Nancy, 30 mai 1826, citées par DUPIN, S. 1860, I, 210.
- WEILL (Alex) : Note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1956, J.C.P. 1956, II, 9549.

B. — Droits étrangers.

- BRAND : « Die Schutzfunktion des ordre public in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts », *Deutsche Rechtszeitschrift*, 1948, p. 373.
- FIGORE : § 39 de la chronique au *Clunet*, 1887, 160.
- HENNEBICQ : Cass. belge, 4 mai 1950, *Clunet*, 1952, 284 - Cass. belge, 28 mars 1952, *Clunet*, 1954, 462.
- MAKAROV : « Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts in den Jahren 1945-49 », *Zeits. f. ausl. u. int. Priv.* - Note sous Reichsgericht, 18 janv. 1954, *Revue*, 1954, 805.

- MEZGER : Note sous Reichsgericht, 17 févr. 1936, *Nouv. Revue*, 1936, 344.
- NIEDERER : « Das Problem des ordre public in der neueren Rechtssprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts », *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1943.
- PHILONENKO : Note sous Cass. belge, 4 mai 1950, *Clunet*, 1952, 780 - et *Clunet*, 1952, 284.
- WENGLER : Notes de jurisprudence allemande et autrichienne, *Revue*, 1955, 116 ; 1956, 83, et 1957, 57.
- WOLFF (Konrad) : Note sous Kammergericht, 1^{er} Sénat civil, 5 mai 1938, *Clunet*, 1939, 382.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
1. Etendue et rôle de la notion d'ordre public dans toutes les branches du droit. - 2. Présentation complexe du problème en droit international privé. - 3. Division des écoles. - 4. Choix d'un point de départ. - 5. Eléments à concilier dans la recherche d'une formule générale. - 6. Elimination de la recherche directe du contenu concret de la notion d'ordre public. - 7. Plan.	
TITRE PREMIER	
LES CONDITIONS EXTERNES DE L'ORDRE PUBLIC	9
<i>Chapitre premier : Le fonctionnement nécessaire de la règle de conflit du for</i>	11
8. Importance de cette condition. - 9. Plan.	
<i>Section I : La doctrine française de l'effet atténué de l'ordre public ou du respect des droits acquis à l'étranger</i>	13
10. Plan.	
§ I : La thèse	13
11. Evolution de la jurisprudence. Plan.	
I. Etude de la jurisprudence du Code civil à 1860 14	
12. Antécédents de l'arrêt <i>Bulkley</i> de la Chambre civile du 28-2-1860. - 13. L'arrêt <i>Bulkley</i> .	
II. Etude de la jurisprudence de 1860 à nos jours 16	
14. Tableau général. Plan.	
1° De 1860 à 1912 17	
15-16. Absence de directives de la Cour de cassation et voies laissées libres aux Cours d'appel. - 17. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2-8-1866. Sa construction théorique. - 18. Attitude pragmatique des autres juridictions. - 19. Résumé de cette jurisprudence.	
2° Le champ d'application dans le temps de la loi du 16 novembre 1912 22	
20. Position du problème. - 21. Application immédiate de cette loi et rejet par la jurisprudence d'une conception mécanique de la notion de droit acquis. - 22. Vicissitudes de cette jurisprudence. Diverses conceptions de la notion de droit acquis.	

3° La jurisprudence après 1912	25
23. Influence du droit transitoire sur le droit international privé. - 24. Résistances de la jurisprudence à l'idée d'une distinction entre la création des droits et leur efficacité. - 25. Triomphe de cette distinction. - 26. L'arrêt <i>Rivière</i> ; sa portée exacte sur le terrain de l'ordre public. - 27. Influence en retour du droit international privé sur le droit transitoire.	
§ II : La critique de la thèse	31
28. Plan.	
A - Critiques d'ordre théorique	32
29. Plan.	
1° Toute la thèse est bâtie sur une fausse symétrie avec les conflits de lois dans le temps	32
30. Possibilité d'une comparaison entre les conflits de lois dans le temps et les conflits de lois dans l'espace. - 31. Rapports différents de la distinction entre la création des droits et leur efficacité et le problème de l'ordre public en droit transitoire et en droit international privé. - 32. Explication des confusions commises.	
2° La distinction est inadaptée aux problèmes qu'elle doit résoudre	38
33. Tableau général. - 34-35. Critique de <i>Bartin</i> . - 36. Difficulté concernant la valeur comparée des diverses sources d'acquisition des droits.	
B - Critiques d'ordre pratique	43
37. Plan.	
1° Une classification fonctionnelle des cas d'intervention de l'ordre public est-elle viable ?	43
38. Distinction entre l'intervention de l'ordre public fondé sur le droit naturel et cette même intervention fondée sur des raisons politiques. - 39. Légitimité théorique d'un appel au droit naturel. - 40-41. Impossibilité de trouver un critère utilisable.	
2° La jurisprudence et l'ordre public à l'encontre des droits acquis à l'étranger	48
42. L'arrêt de la Chambre civile du 14-3-1939. - 43-44. L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 5-3-1928. - 45-46. Autres décisions. - 47. Conclusion.	
Section II : <i>La doctrine germanique du lien du litige avec le territoire du for</i>	55
48. Plan.	
§ I : Idée générale de la doctrine	55
49. Exemples. - 50. Intérêt de ce lien avec le territoire. - 51. Comparaison de ces résultats avec ceux qui sont obtenus par la doctrine française. - 52-53. Origines de la doctrine allemande ; <i>Kahn</i> .	
§ II : Succès géographique de la doctrine	59
54. En Allemagne. - 55. En Suisse. - 56. Aux Pays-Bas. - 57. En Angleterre. - 58. Aux Etats-Unis. - 59. Jurisprudence française.	
§ III : Critique de cette construction	66
60 Plan.	
1° La détermination des points de rattachement	66

61. Caractère inachevé de l'œuvre de Kahn. - 62. Son abandon par la doctrine allemande contemporaine.	
2° La valeur des rattachements retenus	69
63. Risques de solutions nationalistes.	
3° Cette doctrine n'est pas d'application générale	70
64-65-66. Cas où l'ordre public intervient indépendamment de tout lien du litige avec le for. Conclusion.	
Section III : <i>Explication proposée : le rattachement du litige au droit international privé du for</i>	73
68. Plan.	
§ I : Le rattachement du litige au droit international privé du for	73
69. Plan.	
A - Exposé général	73
70-71. Distinction entre la question principale et la question préalable en droit international privé. - 72-73. Son intérêt particulier sur le terrain de l'ordre public. L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 21-4-1931. - 74. Formule proposée.	
B - Réfutation de certaines objections	82
75. Problèmes soulevés. - 76. Objection tirée du renvoi. - 77. Objection tirée des règles des conflits de juridictions. - 78. Transition.	
§ II : Applications pratiques	86
79. Plan.	
A - Etat des personnes	86
80. Plan.	
1° Divorces	86
81-82. L'arrêt <i>Rivière</i> . Sa critique.	
2° Paternité naturelle	89
83. Etude de diverses hypothèses.	
B - Jugements étrangers toujours soumis à l'exequatur français	91
84. Inapplicabilité de la distinction entre la création des droits et leur efficacité. - 85. Conclusion.	
Chapitre deuxième : LA DÉSIGNATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE	93
86. Introduction. Cas où la règle de conflit est inspirée par un motif d'ordre public. Plan.	
Section I : <i>La distinction entre l'application normale et l'application exceptionnelle de la loi du for</i>	94
87. Le système de Mancini. - 88-89. Sa critique. - 90. Explication des confusions commises.	
Section II : <i>Intérêts pratiques de la distribution entre l'application normale et l'application exceptionnelle de la loi du for</i>	100
91. Examen du contenu de la loi étrangère. - 93-94. Application de la loi de police étrangère. - 95-96-97. Nécessité d'un rattachement du litige à la loi du for. Examen de la jurisprudence sur l'obligation alimentaire. Nouvelle critique de la thèse allemande. - 98. Ampleur de l'application des lois de police du for. - 99. Actualité de l'ordre public. - 100. Conclusion du Titre premier.	

TITRE DEUXIÈME

LES CONDITIONS INTERNES DE L'ORDRE PUBLIC	111
INTRODUCTION	113
101. Originalité du rôle du juge dans la mise en jeu de l'ordre public en droit international privé. - 102. Plan.	
<i>Chapitre premier : LA CONSIDÉRATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE</i>	117
103. Les diverses attitudes qu'on peut adopter vis-à-vis de ce problème. Plan	
<i>Section I : La considération de la loi étrangère doit-elle nécessairement précéder l'intervention de l'exception d'ordre public ?</i>	118
104. L'arrêt de la Cour supérieure de Norvège du 24-9-1953. - 105. Position du problème en général. - 106. Position du problème en droit allemand. - 107. En droit français.	
1° L'examen préalable du droit étranger est une nécessité pratique	122
108. Utilité de limiter ainsi les cas d'intervention de l'ordre public. - 109. Impossibilité de définir les lois impératives d'application universelle absolue. Doctrine de Savigny. - 110-111. Critique de la technique législative définissant les clauses de réserve spéciales de l'ordre public.	
2° L'examen préalable du droit étranger est une nécessité théorique	129
112. L'ordre public doit intervenir à titre de correctif et non à titre de préalable. - 113-114. Comparaison entre l'ordre public en droit interne et l'ordre public en droit international privé. - 115. Comparaison entre l'ordre public en droit transitoire et l'ordre public en droit international privé. - 116. Conclusion de ces deux comparaisons.	
<i>Section II : La considération de la loi étrangère par la jurisprudence</i> 134	
117. Plan.	
§ I : Existence en jurisprudence d'une notion transitoire de loi impérative en droit international privé	136
118. Opposition de l'ancienne et de la nouvelle jurisprudence concernant l'article 340 C. civ. au regard du problème de l'ordre public en droit international privé. - 119. Evolution de la jurisprudence considérant la loi de 1912 comme une loi d'ordre public international. - 120. Explication de la mauvaise approche du problème par la jurisprudence.	
§ II : La jurisprudence consacre-t-elle une notion autonome de loi impérative en droit international privé ?	142
121. Le problème du mariage putatif en droit international privé. - 122-123-124. Le problème posé par l'arrêt <i>Fontaine</i> du 8-3-1938. - 125. Le problème de la clause-or dans les contrats internationaux. - 126-127. Errements de la jurisprudence française ancienne. - 128. Sagesse de la Cour d'appel de Bruxelles. - 129. L'arrêt de la Cour de cassation française du 21-6-1950. - 130. Explication de cet arrêt. - 131. Inopportunité d'une extension future. - 132. Conclusion.	
<i>Chapitre deuxième : LA CONSIDÉRATION DES CIRCONSTANCES CONCRÈTES DE L'ESPÈCE</i>	157
133. Portée de cette nouvelle condition. Plan.	

§ I : Elimination des théories fondées sur l'indépendance entre l'ordre public et le contenu des lois étrangères	159
134-135-136. Critique de l'affirmation (par Raape et Martin) selon laquelle l'application d'une loi étrangère choquante n'est pas nécessairement choquante. - 137-138. Critique de l'affirmation selon laquelle l'application d'une loi étrangère non choquante peut être choquante.	
§ II : Rôle exact des circonstances concrètes de l'espèce dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public	162
139-140. C'est le droit étranger, tel qu'il est appliqué dans l'espèce, qui doit être examiné. - 141. Conséquence de ce qui précède sur les pouvoirs de la Cour de cassation en matière d'ordre public.	
<i>Chapitre troisième : LA CONSIDÉRATION DE LA LOI DU FOR</i>	167
142-143. Examen critique d'une opinion de M. René David. - 144. Plan.	
Section I : <i>Etapes de la comparaison</i>	170
145. Plan.	
§ I : Qualification préalable à l'ordre public	170
146-147. L'arrêt de la Chambre civile du 22-3-1944. - 148. Autres exemples de la même idée.	
§ II : Le fondement de l'ordre public	174
149-150-151. L'ordre public est une notion fonctionnelle. - 152. Echec des doctrines dans la recherche du fondement de l'ordre public. - 153-154-155. Le contenu de la loi étrangère n'est pas le seul facteur déterminant l'intervention de l'ordre public. - 156-157-158. Le véritable fondement de l'ordre public est dans l'idée de combinaison cohérente des divers systèmes juridiques en présence. - 159-160. Nécessité de réserver le cas où l'incohérence est due à la structure de la règle de conflit normale. - 161. Formule proposée.	
Section II : <i>Variabilité de l'ordre public dans le temps et dans l'espace</i>	188
162. Plan.	
§ I : Actualité de l'ordre public	188
163. Unanimité de la doctrine et de la jurisprudence. - 164. Véritable fondement de cette solution. - 165. Cas où l'ordre public varie entre la décision d'appel et la décision de la Cour de cassation.	
§ II : Variabilité dans l'espace de la notion d'ordre public	192
166. Variabilité de l'ordre public dans la communauté internationale. - 167-168. Variabilité de l'ordre public à l'intérieur d'une même communauté nationale. Exemples de l'Alsace-Lorraine et de l'Algérie. - 169. Conclusion.	
TITRE TROISIÈME	
LES EFFETS DE L'ORDRE PUBLIC	197
170. Plan.	
<i>Chapitre premier : LES EFFETS DE L'ORDRE PUBLIC NATIONAL</i>	201
171. Plan.	
Section I : <i>La loi substituée</i>	201

172. L'ordre public est une question de fond et non de procédure. - 173-174. Le droit français substitue la loi du for à la loi étrangère. - 175-176-177-178. Position contraire du droit allemand. - 179-180-181. Réfutation de la doctrine germanique. - 182-183-184. De l'appel à la distinction entre l'effet positif et l'effet négatif de l'ordre public.	
Section II : <i>L'étendue de la substitution</i>	212
185-186. Limitation de la substitution à ce qui est nécessaire. L'arrêt de la Chambre civile du 8-11-1943. - 187. Parenté des solutions allemande et française. - 188-189. Solution proposée.	
Chapitre deuxième : LES EFFETS DE L'ORDRE PUBLIC ÉTRANGER	219
190. Absence générale d'effets au for de l'ordre public étranger. - 191-192. Nécessité de nuancer ce principe.	
Section I : <i>Première situation : conformité de l'ordre public étranger avec l'ordre public du for</i>	223
193-194. Difficultés posées par le problème dit de l'effet réflexe de l'ordre public. - 195. Distinction.	
196. 1° Le droit acquis doit être apprécié selon le droit international privé du for	225
197. 2° Le droit acquis doit être apprécié d'après le droit international privé d'un Etat étranger	226
198. Systématisation des solutions proposées.	
Section II : <i>Seconde situation : application du droit international privé étranger</i>	229
200. Elimination de l'ordre public législatif et du double renvoi. - 201. Le problème du renvoi sous l'angle de l'application de l'ordre public étranger. - 202. Critique de la jurisprudence allemande et suisse. - 203-204. Solution du problème, tirée du fondement de la notion d'ordre public.	
CONCLUSION	235
205. La nature de l'ordre public.	
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE	241
I. — Ouvrages généraux	241
A) Droit français	241
B) Droits étrangers	242
II. — Etudes spéciales	242
A) Droit français	242
B) Droits germaniques	244
C) Droits anglo-saxons	245
D) Autres pays	245
III. — Chroniques et notes de jurisprudence	246
A) Droit français	246
B) Droits étrangers	247
TABLE DES MATIÈRES	249

